موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

عقد المقاولة

المواد ٦٤٦ - ٦٧٣





٩ ش سامي البارودي - باب الخلق - القاهرة
ت : ٣٩٦٠٤٤٣ - ٣٩٥٣٣٠١

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

{ عقد المقاولة }

أركان عقد المقاولة • التزامات المقاول • التزامات رب العمل • المقاولة من الباطن • انقضاء المقاولة • عقد التزام المرافق العامة • العقد الطبي ومسئولية الطبيب والمستشفى • إفشاء الطبيب سر المهنة

المجلد التاسع

المواد ٦٤٦ - ٦٧٣

دار محمود للنشر والتوزيع
٩ش سامي البارودي - باب الخلق - القاهرة
ت: ٠٠٢٠٢٣٩٢٨٦١٨-٠٠٢٠٢٣٩٦٠٤٤٣

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديـــم

يشرفنا أن نقدم للسادة رجال القانون المجلد الثالث من موسوعة الفقه والقضاء فى " العقود المدنية الصغيرة" .

وقد خصصنا هذا المجلد لشرح عقد المقاولة .

وشرح بعض أنواع المقاولات ، ووقع اختيارنا على عقد التزام المرافق العامة ، والعقد الطبى .

وقد حرصنا إلى جانب الشرح الفقهى المتعمق على إيراد كافة أحكام القضاء المتعلقة بالمسائل محل البحث ، لاسيما أحكام محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا والمحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة .

ويحدونى الأمل فى تقبل هذا العمل . والكمال دائما لله وحده .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته ،،

المؤلف
المستشار
محمد عزمى البكرى
رئيس محكمة الاستئناف

عقد المقاولـة

موضوع رقم (١)

تعريف عقد المقاولة – خصائص عقد المقاولة – تمييز عقد المقاولة عن غيره من العقود – تنوع الأعمال التى تكون محلا للمقاولة – التنظيم التشريعى لعقد المقاولة

١ـ تعريف عقد المقاولة :

عرفـــت المادة ٦٤٦ من التقنين المدنى عقد المقاولة بقولها : " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " (١).

ومثال ذلك أن يتعهد شخص ببناء منزل أو إنشاء مصرف أو مسقى، أو صنع أثاث ، أو حياكة ثوب ، أو إحضار فرقة مسرحية. وأهم أنواع المقاولات هى مقاولات البناء .

عـــلى أن أحكام المقاولات ليست مقصورةعلى المقاولين، بل تسرى عـــلى العمال والصناع، إذا كانوا يؤدون أعمالهم بالمقاولة ، كالنجارين والبنائين والخياطين (٢). كما أن هناك التزام المرافق العامة وعقود الأشغال العامة ، وعقد النقل ، وعقد الإعلان ، وعقد النشر ، وعقود المهن الحرة وعقد النظارة.

---

(١) المقاولة لغة :
جـــاء بـــالمعجم الوجيز ص ٥٢٠ (قاوله) فى الأمر : فاوضه وجادله . وأعطاه العمل مقاولة على تعهد منه بالقيام به .

(٢) محمـــد كـــامل مرسى العقود المسماة – الجزء الرابع الطبعة الأولى ١٣٧٢هـ– ١٩٥٣م ص ٤٧٢ وما بعدها .

ويعرف بعض الفقهاء عقد المقاولة بأنه : عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر فى مقابل أجر، دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته [١].

ويقترب هذا التعريف من التعريف الذى أتت به المادة ٦٤٦ وهو أن المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدى عملا لقاء أجر يتعهدبه المتعاقد الآخر . ولكن هذه التعريف أكثر دقة من التعريف الذى جاءت به المادة ٦٤٦ مدنى ، وذلك لإبرازه الخاصية الأساسية لعقد المقاولة ، تلك الخاصية التى تميزه عن عقد العمل — كما سيأتى بيانه فيما بعد- وهى خاصية استقلال المقاول عن رب العمل فى تنفيذه لعقد المقاولة دون الخضوع لإشراف أو إدارة رب العمل .

ويسمى من يقوم بصنع الشئ ، أو بأداء العمل محل العقد مقاولا، كما يسمى من يتم الصنع أو يؤدى العمل لحسابه رب العمل [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" عرفت المادة ٦٤٦ من القانون المدنى المقاولة بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر . وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه ، ومن سائر أوراق الطعن أن المطعون ضده تعاقد مع الشركة الطاعنة على القيام بأعمال النجارة الخاصة بالتوسع فى مبنى إدارة الشركة بطنطا لقاء مبلغ .... وأن

---

(١) الدكتور محمد لبيب شنب شرح أحكام عقد المقاولة ١٩٦٢ ص١٢ ومابعدها.

(٢) الدكتور عبد الرازق حسين يس المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء الطبعة الأولى ١٩٨٧ ص ٨٣ وما بعدها .

الطاعـــنة استصـــدرت ترخيصا باسمها لشراء الأخشاب اللازمة لأعمال الـــنجارة المـــتعاقد عليها ، وسلمت المطعون ضده شيكا مسحوبا لصالح الشـــركة الـــتجارية استلم بمقتضاه أخشابا قيمتها .... وقامت شركة الأخشاب بقيد باقى قيمة الشيك لحساب الشركة الطاعنة ، فإن التكييف القـــانونى للتعاقد المبرم بين الطرفين أنه عقد مقاولة . ولما كان الثابت أن المطعـ ـن ضده لم يقم بتنفيذ الأعمال التى التزم بها بموجب عقد المقاولة المشـــار إليه رغم استلامه الأخشاب اللازمة لتلك الأعمال، وأن الطرفين اتفقا على فسخ العقد، فإنه يترتب على هذا التفاسخ إعادة المتعاقدين إلى الحالـــة التى كانا عليها ، وحق للشركة الطاعنة أن تسترد الأخشاب التى تسلمها المطعون ضده بسبب عقد المقاولة ونفاذا له ، لما كان ذلك وكان الحكـــم المطعـــون فيه قد خالف هذا النظر الصحيح فى القانون وكيف العلاقـــة بـــين الطرفين بأنها عقد قرض أقرضت الشركة الطاعنة بموجبه المطعون ضده ثمن الأخشاب التى نزلت له عن ملكيتها مقابل قيمة الشيك الذى حرره لصالح بمبلغ . رغم عدم وجود رصيدله ، فإن الحكم المطعون فـــيه يكـــون قد جانبه التوفيق فى إسباغ التكييف القانونى الصحيح على العقد المبرم بين الطرفين وخالف المعنى الظاهر للعقد فيما استخلصه من نية المتعاقدين وما انعقد اتفاقهما عليه " .

(طعن رقم ٤٩٧ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١٠)

٢ـ خصائص عقد المقاولة :

لعقد المقاولة عدة خصائص وتخلص هذه الخصائص فى أنه :

١- عقد رضائى :

فالمشرع لايشترط لانعقاد المقاولة شكلا خاصا، بل يكفى لانعقادها مجـرد تراضى الطرفين ، وقد يتم ذلك كتابة أو شفاهة أو حتى بالإشارة الدالـة وتبدو هذه الخصيصة واضحة من نص المادة ٦٥٨ مدنى الذى لا يجيز للمقاول أن يطالب بأية زيادة فى الأجر ولوحدث فى التصميم المتفق عليه تعديل أو إضافة، إلا إذا اتفق على هذا الأجر، فقد اشترطت هذه المادة أن يحصل هـذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصلى قد اتفق عليه مشافهة .

ولاتفقد المقاولة هذه الصفة الرضائية ولو كان العمل المطلوب هو بناء سفينة، إذ لا تشترط الرسمية، إلا إذا كان العقد الواقع على السفينة بيعا[١].

٢- عقد معاوضة :

ذلك أن كلا من طرفيه يقتضى مقابلا لما يعطـى ، فالمقاول لا يصنع الشـئ ولا يؤدى ما نيط به من عمل بنية التبرع ، بل اقتضاء لأجر من رب العمل . كذلك فإن هذا الأخير إذ يدفع الأجر، إنما يقتضى به العمل وهكذا تتوافر لدى الطرفين نية أخذ المقابل لما يعطى .

٣- عقد وارد على العمل :

الأداء الرئيسى فى العقد مطلوب من المقاول وهو القيام بعمل معين ، ورغم أن هذا العمل يتم فى مقابل أجر ، وهذا الأجر قد يكون عبارة عن نقل ملكية شئ مثلى أو قيمى إلى المقاول ، فإن الاعتداد فى وصف العقد إنما يكون بالأداء الرئيسى لا المقابل .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٢ وما بعدها .

والمقـــاول إذ يقوم بالعمل المكلف به ، فإنما يفعل ذلك باسمه الخاص، مستقلاعن أى إدارة أو إشراف من جانب رب العمل. فالعقد يحدد العمل أوالنتـــيجة التى أرادها المتعاقدان ، والمقاول يختارالوسائل والأدوات التى يـــراها مؤدية إلى إنجاز هذا العمل أو تحقيق هذه النتيجة ، دون أن يكون لرب العمل أن يتدخل لتوجيه هذا الاختيار أو رقابته (١).

ويرد عقد المقاولة على عمل مادى وهو صنع شئ أو أداء عمل ، وهذا هـــو الأمـــر الغالب فى عقد المقاولة ، ولايقلل من هذا الرأى أن يؤدى المقـــاول أو المهـــندس المعمارى أحيانا أعمالا ذهنية لازمة لأداء عمله، كإجـــراء الحسابات التى يقتضيها إبرام العملية أو تنفيذها ، كذلك فقد يتضمن أداء كل منهما تصرفا قانونيا ، كنقل ملكية المواد أو الأشياء التى يقدمها – واللازمة لتنفيذ العمل – إلى رب العمل .

وأيضافإن المهندس المعمارى الذىقد يقتصر عملهعلى وضع التصميم، وإجراء المقايسات اللازمة للمشروع، فإن أعمالههذه –رغم بروز الجانب الذهـــنى فيها – تعتبر أعمالا مادية – كما سنرى– وذلك بالتبعية للأداء الرئيســـى فى عقـــد المقاولة وهو ما يكون فىالغالب الأعم عملا ماديا، والأحكام إنـــما تبنى على الغالب (٢).

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٣ – الأستاذ فتيحه قـــره أحكام عقد المقاولة ١٩٨٧ ص ١٩ .

(٢) عبد الرازق حسين ص ٨٦ وما بعدها .

تمييز عقد المقاولة عن غيره من العقود :

إذا توافرت الخصائص السابقة للعقد ، ولاسيما خصيصة القيام بالعمل استقلالا وخصيصة كون العمل يتم فى مقابل أجر ، أمكن تكييف العقد بأنه مقاولة . ومع ذلك فقديلتبس عقد المقاولة ببعض العقود الأخرى .

ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلى :

٣ـ أولا : المقاولة والبيع :

ترد المقاولة على العمل أما البيع فيردعلى الملكية. فالمقاول الذى يتعهد ببناء منزل يبرم عقد مقاولة . أما إذا بنى المنزل لحسابه ثم باعه بعد ذلك، فالعقد بيع[١] .

وإذا قدم رب العمل المادة واقتصر المقاول على تقديم عمله، فلا شبهة فى أن العقد مقاولة . إذ نصت الفقرة الأولىمن المادة ٦٤٧ مدنى على أنه: " يجوز أن يقتصر المقاول علىالتعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى عمله " .

إنما تقوم الشبهة فى الحالة التى نصت عليها الفقرة الثانية من المادة من أنـــه : " كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا " ، وهو ما يسمى بعقد الاستصناع ، كأن يتعاقد شخص مع حائك على أن يصنعله حلــة ويقـــدم الحائك القماش من عنده ، أو يتعاقد مع نجار على صنع مكتـــب ويقدم النجار الخشب من عنده ، فهل يكون العقد فى الصورتين ســـالفتى الذكر عقد مقاولة أم يكون عقد بيع واقع على شئ مستقبل هو القماش بالنسبة للحائك والخشب بالنسبة للنجار .

---

(١) الأســـتاذ محمد عبد الرحيم عنبر الوجيز فى عقد المقاولة والتوكيلات التجارية الطبعة الثانية ١٩٨٧ ص ٣٧ .

وقد انقسم الرأى فى شأن تكييف هذا العقد إلى عدة آراء :

الرأى الأول :

أن عقد الاستصناع عقد مختلط. فهو مكون من عقدين مختلفين المقاولة والبيع ، إذ لا يمكن اعتباره عقدا بسيطا : مقاولة فقط، أو بيعا فقط ، فهو مكـــون من عقدين مختلفين جمعتها عملية اقتصادية واحدة. فالعقد الذى يقدم فيه العامل المادة هو فى نفس الوقت مقاولة وبيع (١).

وعيب هذا الرأى أنه يؤدى إلى إثارة صعوبات فيما يتعلق بالمسائل التى تتعارض فيها أحكام المقاولة مع أحكام البيع ، كما هو الأمر فيما يختص بطبيعة العوض وتحديده ، وإنهاء العقد بالإرادة المنفردة، إذ تتعين عندئذ المفاضلة بين العقدين ، وهو ما يؤدى إلى التحكم فى أغلب الأحيان (٢).

الرأى الثانى :

الاستصناع عقد مقاولة ابتداء وبيع انتهاء : فهو مقاولة مادام الشئ لم يـــتم صـــنعه بعد ، فإذا انتهى هذا الصنع ، تحول العقد إلى بيع للشئ المصنوع، بنقل ملكيته إلى المشترى .

وعيـــب هذا الرأى واضح ، ذلك أن تكييف العقد إنما يتم وقـــت انعقاده بغض النظر عما يترتب عليه بعد ذلك ، ولايجوز أن يتغير وصف العقد وقت تكوينه ، عن وصفه إذا ما نفذ، فضلا عن أن المقاول يضمن

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٧٩ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ١٧ .

عملــه مــدة طويلة بعد صنع الشئ ، مما يدل على أن المقاولة تظل ولا تنقضى بمجرد إتمام هذا الصنع [١].

الرأى الثالث :

الاستصناع عقد بيع لشئ مستقبل: وهذا الرأى لا يدخل فى الاعتبار أن المقــاول إنــمــا تعــاقد أصلا على العمل ، والمادة إنماجاءت تابعة للعمــل. ولــو كان المقاول قصد أن يبيع شيئا مصنوعا، لجازله أن يقدم لرب العمل شيئا يكون قد صنعه قبل العقد. وهو إذا فعل، وقبل منه رب العمل ذلك ، فإن ملكية هذا الشئ المصنوع من قبل لاتنتقل بموجب العقد الأصــلى ، و إنما تنتقل بموجب عقد جديد يكيف على أنه بيع لا لشئ مستقبل ، بل لشئ حاضر [٢].

ومــع ذلــك فشراح القانون البحرى يرجحون هذا التكييف بالنسبة لعقد بناء السفينة .

الرأى الرابع :

عقــد الاستصناع عقد مقاولة : ذلك أن المادة التى يوردها المقاول ليســت إلا تابعة للعمل ، لأن التزام المتعهد هو القيام بعمل معين: صنع الشــئ المطلوب منه ، وبدون إنجاز هذا العمل لا يعتبر المتعهد أنه قد وفى بالتزامه ، وإذا كان يترتب على صنع الشئ أن يتملكه رب العمل ، فذلك

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٧ .

(٢) الدكــتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء السابع المجلد الأول ١٩٨٩ ص ٣٣ وما بعدها .

لايعنى أن العقد ورد منذ الأصل على الملكية وأنه بالتالى عقد بيع، فتملك رب العمل للشئ الذى صنعه المقاول ليس إلا نتيجة ضرورية ولازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل ، والعقود الواردة على الملكية لا تقتصر على البيع ، فهناك الشركة والقرض والدخل الدائم والصلح ، وكذلك المقاولة إذا اتخذت صورة الاستصناع بأن كان محلها صنع شئ من مواد يقدمها المقاول [١].

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن هذا الرأى هو الجدير بالاتباع. ويتفق مع مسلك التقنين المدنى، فقد عرف المقاولة فى المادة ٦٤٦ بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر ، وفى هذا التعريف واجه المشرع صراحة حالة المقاول الذى لا يقتصر على مجرد القيام بعمل محض ، بل يتعهد بعمل هو صنع أو إيجاد شئ لم يكن له وجود من قبل ، وعند الكلام عن التزامات المقاول ، واجهت المادة ٦٤٧ صورتى التعهد بالصنع ، فقررت أنه يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله — وهذه هى الصورة الأولى- كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا — وهذه هى الصورة الثانية وهى صورة عقد الاستصناع- والتقنين الحالى لا يختلف فى هذا المسلك عن التقنين الملغى (المادة ٤١٥) ، ويلاحظ فى هذا الشأن أن المشرع المصرى فى هذين التقنينين لم يورد نصا مقابلا لنص المادة ١٧١١

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٢ — فتيحه قره ص ٢٨ .

من القانون المدنى الفرنسى الذى يقرر أن المقاولة تعتبر إيجارا إذا كان رب العمل هو الذى يقدم المواد ، وهو النص الذى استخلص منه البعض بطريق مفهوم المخالفة أن العقد يكون بيعا إذا كان المقاول هو الذى يقدم المواد اللازمة للعمل .

وفضـلا عما تقدم فقد نظم المشرع مسئولية المقاول عن مادة العمل إذا كـان هـو الذى قدمها ، فقرر أنه يكون مسئولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل (م٦٤٨)، ولو كان العقد بيعا لاكتفى المشرع بأحكام الضـمان الـواردة فى باب البيع ، كذلك أجاز المشرع لرب العمل أن يـتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه، دون تفرقة بين حالة ما إذا كان المقاول هو الذى قدم المواد أو كان رب العمل هو الذى قدمها (م ٦٦٣) ، ورخصة إنـهاء العقد بالإرادة المنفردة من الخصائص التى تتميز بـها أحكام المقاولة والتى لا يجوز استعمالها فى البيع .

والخلاصة إذن أن عقد الاستصناع أو العقد الذى لايقتصر المقاول فيه عـلى تقديم عمله ، بل يقدم أيضا المواد اللازمة لصنع الشئ المتعهد به ، يعتبر عقد مقاولة أى عقدامن العقود الواردةعلى العمل، ولكنه أيضا عقد منشئ للملكية ، إذ يترتب على تنفيذه أن يصبح رب العمل مالكا للشئ المصنوع لحسابه [1].

الرأى الخامس :

عقد الاستصناع يكون مقاولة أو بيعا بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمـل . فإذا كانت قيمة المادة تفوق كثيرا قيمة العمل ، كما إذا تعهد

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٢ وما بعدها — فتيحه قره ص ٢٨ ومابعدها .

شـــخص بتوريد سيارة بعد أن يقوم فيها ببعض إصلاحات طفيفة فالعقد بيع ، أما إذا كانت قيمة العمل تفوق كثيرا قيمة المادة كالرسام الذى يورد القماش الذى يرسم عليه والألوان التى يرسم بـــها ، وهى أقل بكثير من قيمة عمل الرسام فالعقد يكون عقد مقاولة (١).

ويســـتطرد بعـــض أنصارهذا الرأى بأنه يكفى أن يكونللمادة قيمة محسوســـة إلى جانب قيمة العمل ، حتى لو كانت أقل قيمة منه ، وذلك كالخشب الذى يورده النجار لصنع الأثاث والقماش الذى يورده الحائك لصـــنع الثوب ، ليصبح العقد فى هذه الحالة مزيجا من بيع ومقاولة، ويقع البـــيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بـــها ، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه (٢).

وقـــد توســـعت المحكمة الإدارية العليا فى حكم حديثلها فى هذا الـــرأى، فذهبت إلىأنه إذا قدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها كان العقد مزيجامن البيع والمقاولة فيقع البيععلى المادة وتقع المقاولة على عنصر العمل، ومفاد ذلك أنـــها لم تشترط أن يكون للمادة قيمة محسوسة .

---

(١) الســـنهورى ص ٣٤ وما بعدها- الدكتور أنور سلطان شرح البيع والمقايضة الطـــبعة الثانية ١٩٥٢ ص ٣٠ وما بعدها - الدكتور منصور مصطفى منصور مذكرات فى القانون المدنى البيع والمقايضة والإيجار ١٩٥٦- ١٩٥٧ ص٢٤ - الدكتور عبد المنعم البدراوى عقد البيع فى القانون المدنى الطبعة الأولى ١٩٥٧ ص ١٠٢ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٣٥ .

فقد قضت دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات بالمحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٠٠٠/٦/٤ فى الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٤٥ق بأن:

" ومن حيث إن عقد المقاولة وفقا لأحكام القانون المدنى من العقود المسماة التى ترد على العمل، ويلتزم فيه المقاول بأداء عمل أو شغل معين لحساب الغير، فإذا قدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها كان العقد مزيجا من البيع والمقاولة فيقع البيع على المادة وتقع المقاولة على عنصر العمل " .

وهـــذا الرأى فى شقه الأول يستند إلى القاعدة التى تقضى بأن الفرع يتبع الأصل . فإذا كان العمل هو الأصل تبعته المادة وكان العقد مقاولة، وإذا كانت المادة هى الأصل تبعها العمل وكان العقد بيعا.

ويذهب البعض إلى أن الأساس الذى يرتكز عليه هذا الرأى غير محدد، إذ لـــيس من السهل أن نحدد العنصر الأساسى فى العقد هل هو العمل أم المواد المستخدمة فى صنع الشئ ، وإذ لا مفر من التحكم مع ما يؤدى إليه ذلك إلى نتائج غير منطقية، وللدلالة على ذلك يسوق الفروض الآتية :

١- إذا عهـــد شـــخص إلى حائك بخياطة ثوب له من القماش يقدمه الحـــائك ، فإن أنصار هذا الرأى يرون فى العقد بيعا لشئ مستقبل ، على أســـاس أن قـــيمة القمـــاش أكبر من قيمة العمل . ولكن هل حقا قيمة القماش أكبر من قيمة العمل ؟ إذا كان تحديد القيمة يتم على أساس ثمن القمـــاش الفعلى والأجر الذى تقاضاه الخياط فعلا ، فلا شك أن المسألة

تختلف باختلاف أنواع الأقمشة وباختلاف الخياطين، فهل تتغير طبيعة العقد فيكون بيعا إذا كان القماش من صنف مرتفع الثمن وكان الحائك يتقاضى أجرا أقل من هذا الثمن ، ويكون العقد مقاولة إذا كان القماش رخيصا وتقاضى الحائك أجرا أكثر من ثمن القماش ؟

٢- إذا عهد إلى مثال بعمل تمثال ، فالذى يقال عادة إن هذا العقد مقاولة على أساس أن قيمة العمل الفنى الذى يأتيه المثال أكبر من قيمة المواد المستخدمة فيه ، وهى الحجارة أو الشمع ، أو البرونز مثلا ، ولكن ما الحكم إذا كان التمثال سيصنع من ذهب خالص تفوق قيمته بكثير الأجر الذى يتقاضاه المثال عن عمله ؟

٣- ما الحكم إذا كانت قيمة المواد تساوى قيمة العمل ؟ هل يعتبر العقد مركبا من المقاولة والبيع ؟ أم نغلب أحد العقدين على الآخر ؟ إن الكثيرين من أنصار هذا الرأى يرون أن العقد فى هذه الحالة يكون بيعا لشئ مستقبل ، على أساس أن هذا هو الأصل ، وأنه لا يعدل عن هذه الوصف إلى وصف المقاولة إلا إذا ثبت أن قيمة العمل أكبر من قيمة المواد المستخدمة فى صنع الشئ . وواضح ما فى هذا القول من تحكم .

٤- إذا كان العمل المطلوب هو إقامة بناء بمواد يقدمها المقاول على أرض مملوكة لرب العمل ، فإن العقد يكون مقاولة فى نظر أصحاب هذا الرأى على أساس أن الفرع يتبع الأصل ، ولما كانت الأرض هى الأصل، فإن المواد التى يقدمها المقاول تعتبر ذات أهمية ثانونية إذا ما قورنت بالأرض،

ولذلـــك يكـــون العقد مقاولة لا بيعا ، وهذا التطبيق يدل بوضوح على تحديد المقصودمن المواد الأولية المستخدمة فى الصنع ، إن المادة الأولية هى عـــبارة عـــن مادة تستخدم فى صنع شئ بتحويلها أو تعديلها بحيث تفقد شكلها وتكوينها الأصلى وتختلط بغيرها من المواد وتكون شيئا جديدا هو البـــناء ، فهـــل تتغير الأرض ويتبدل شكلها وتختلط بالبناء المقام عليها ، بحيـــث يمكـــن اعتبارها من المواد الأولية المستخدمة فى الصنع والاعتداد بقيمـــتها لتحديد وصف العقد ؟ وهل قيمة الأرض دائما أكبر من قيمة المـــواد المستخدمة فى البناء ؟ هذه عمارة مكونة من ثلاثين طابقا ومقامة عـــلى أرض مساحتها خمسمائة متر هل قيمة هذه الأرض أكبر من قيمة المواد والعمل اللذين بذلا فى إقامة هذه العمارة ؟

إن وصف العقد يجب أن يرتبط بعناصر ثابتة لا تتغير ، عناصر واضحة ومحددة، ولايجوز أن يتوقف على قيمة المواد المستخدمة فى العمل، وبالتالي أن يختلف باختلاف هذه القيمة إذا ما قورنت بقيمة العمل ذاته [(١)].

والرأى الأخير هو الراجح فقها وقضاء [(٢)].

٤- أهمية التفرقة بين المقاولة والبيع :

تبدو أهمية التفرقة بين المقاولة والبيع من عدة نواح تتمثل فيما يأتى :

١- فى البيع لابد من الاتفاق على الثمن ، فإذا لم يعين الثمن فى العقد ولم يتضمن العقد الأسس التى تسمح بتعيينه فى المستقبل،فإن البيع لاينعقد

---

(١) محمـــد لبيـــب شنب ص ١٩ وما بعدها – فتيحه قـــره ص ٢٤ وما بعدها– محمد عبد الرحيم عنبر ص ٤٢ وما بعدها .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ١٠٣ – منصور مصطفى منصور ص ٢٤ .

أو يقع باطلا، وذلك بعكس الحال فى المقاولة فلا يشترط لا تحديد الأجر ولاحتى بيان العناصر التى تسمح بتحديده فيما بعد . وفى هذه الحالة يجب الرجوع فى تحديد الأجر إلى قيمة العمل ونفقات المقاول (م٦٠٩ مدنى).

٢- عقـــد البيع ملزم لايجوز التحلل منه بإرادة أحد الطرفين المنفردة، أما عقد المقاولة فيجوز فيه لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه على أن يعوض المقاول (م ٦٦٣ مدنى) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى قام الحكم بتحديد نطاق الالتزام فى عقد المقاولة، ورفض دعوى الطـــاعن (المهندس المعمارى) فيما يجاوز هذا النطاق الذى استوفى عنه أجره كما استوفى زيادة عليه أجر تصميم وتنفيذ عمل آخر دون أن يقوم ببحث دفاع الطاعن بشأن تحلل المطعون ضدها (رب العمل) من تنفيذ ما يجاوز حد الإلزام فإنه لا يكون قد خالف نص المادة ٦٦٣ مدنى أو شابه قصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٥/١٦)

٣- فى البيع تسرى الفوائد عن الثمن من يوم إعذار المشترى بدفعه أو مـــن يوم تسليم المبيع إليه إذا كان قابلا لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى (م ١/٤٥٨ مـــدنى). أما فى المقاولة فلا يستحق المقاول فوائد على الأجر المستحق له إلا من اليوم المطالبة القضائية طبقا للقواعد العامة .

٤- للبائع حق امتياز على المبيع ولو كان منقولا، أما فى المقاولة فلا امتياز للمقاول إلا إذا كان العمل تشييد بناء أو منشآت أخرى أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها (م ١١٤٨ مدنى) [(١)].

٥- المقاولة الإيجار :

عقد المقاولة يرد على العمل ، أما الإيجار فيرد على المنفعة فقد نصت المادة ٥٥٨ مدنى على أن الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشئ معين مدة معينة لقاء أجر معلوم " .

غير أن المقاولة قد تلتبس بالإيجار فى عقد المستهلك مع ملتزم المرافق العامة من ماء ونور وغاز ونقل وما إلى ذلك . فيمكن القول أن العقد مقاولة لأنه يرد على ما تقوم به الشركة من عمل فى توصيل المياه أو الكهرباء أو الغاز إلى المستهلك وقد يقال إنه عقد إيجار لمعدات الشركة التى تقوم بذلك .

ويذهب فقهاء القانون المدنى إلى أن العقد مقاولة لا إيجار . أما فقهاء القانون الإدارى فيذهبون إلى أن مركز المستهلك من ملتزم المرفق العام ليست له صفة تعاقدية بل هو مركز قانونى منظم ، وصفه العقد الإدارى الذى أبرم بين السلطة الإدارية والملتزم كما تخضع اللائحة الإدارية للتشريع، وكما يخضع التشريع للدستور . وليس ذلك وقت إبرام العقد بين العميل والملتزم فحسب ، بل يخضع عقد العميل أيضا لجميع ما يلحق ذلك العقد التنظيمى الإدارى من تعديلات تدخلها السلطة مستقبلا بما لها من سلطان فى تنظيم المرافق العامة[(٢)] .

---

(١) محمد عبد الرحيم عنبر ص ٣٧ .

(٢) السنهورى ص ١٠ وما بعدها – محمد عبد الرحيم عنبر ص١٩ وما بعدها .

ولما كان العقد بين العميل والملتزم يخضع للنظام المقرر فى عقد الالتزام فإنـــه يخضع تبعا لذلك لمبادئ عامة يقوم عليها عقد الالتزام نفسه. وهذه المبادئ فرضتها نصوص التقنين المدنى، وأوجبت العمل بها .سواء تضمنها عقـــد الالتزام أو لم يتضمنها، بل حتى لو نص عقد الالتزام على خلافها . فهـــى مـــبادئ تعتبر من النظام العام . وتفرض نفسها على كل من عقد الملتزم وعقد العميل .

ولكن الراجح فقها وقضاء أنه عقد مدنى، ويخضع لاختصاص المحاكم المدنية، إلا أن هذا العقد –مع ذلك– وثيق الصلة بعقد الالتزام الإدارى(١).

٦ـ المقاولة والعمل :

تنص المادة ٦٧٤ مـــدنى على أن عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر .

ومـــن ثم فإن عقد المقاولة يتحد مع عقد العمل فى أن الأداء الرئيسى لكـــل منهما هو القيام بعمل.غير أنهمـــا يختلفان فى وجود علاقة تبعية بين رب العـــامل والعـــامل فى عقد العمل ، فعلاقة التبعية هى التى تميز عقد العمل عن عقد المقاولة (٢). فإذا كان العامل خـــاضعا لرقابة رب العمل

---

(١) محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٠ .

(٢) وهناك معايير أخرى للتفرقة بين عقد المقاولة وبين عقد العمل ظهرت فى الفقه إلا أن هذه المعايير أصبحت مرجوحه ونشير إليها استكمالا للبحث .

فقد ذهب رأى إلى أن معيار التفرقة بين العقدين يكمن فى اختلاف طبيعة المحل فى كـــل منهما . فبينما يضع العامل كل قوته وجهده تحت تصرف صاحب =

- العمل، نجد أن عمل المقاول ليس هو موضوع التزامه ، وإنما هو يلتزم بتحقيق نتيجة معينة كبناء منزل مثلاً . أو بمعنى آخر بينما يلتزم العامل ببذل عناية فإن المقاول يلتزم بتحقيق نتيجة .

وقد استمد بعض الفقهاء من هذا المعيار معياراً آخر هو طريقة تحديد الأجر فذهبوا إلى أنه فى عقد العمل يتحدد أجر العامل على أساس زمنى كاليوم أو الأسبوع أو الشهر أما فى عقد المقاولة فإن أجر المقاول يتحدد وفقاً لأهمية النتيجة التى يحققها .

ولكن إذا كان هذان المعياران يصدقان فى كثير من الصور ، فهما لا يصدقان فى شأنها جميعاً ولايعتبران بالتالى حاسمين فى التمييز بين العقدين، فقد يلتزم العامل بتحقيق نتيجة معينة ويتحدد أجره على أساس هذه النتيجة لا على أساس زمنى كما فى الأجر بالقطعة دون أن يؤدى هذا إلى اعتباره مقاولاً كما أن بعض من يعتبرون مقاولين قد لايلتزمون بتحقيق نتيجة وإنما ببذل عناية دون أن يعتبروا بذلك عمالا، كما فى علاقة الأطباء بمرضاهم (الدكتور حسن كيره أصول قانون العمل الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٦٩ص١٣٣ وما بعدها — الدكتور عبد الودود يحيى شرح قانون العمل ص١٢٧ وما بعدها).

وذهب رأى آخر إلى القول بأن معيار التفرقة بين العقدين مستمد من شخص صاحب العمل ، فإذا كان العامل يؤدى العمل لمصلحة شخص معين ، كان العقد عقد عمل ، وأما إذا كان الإيجاب الصادر ممن يؤدى العمل موجهاً إلى الكافة فإن العقد يكون عقد مقاولة ، وبناء على هذا المعيار يعتبر الطبيب مرتبطاً بعقود مقاولة فى علاقاته بعملائه من الجمهور ، بينما يعتبر مرتبطاً بعقد عمل إذا التزم بالخدمة فى إحدى المستشفيات . -

وسلطته وإشرافه فإن العقد يكون عقد عمل ، وأما إذا كان العامل لا يخضع لرقابة رب العمل ولا لسلطته وإشرافه و إنما يتمتع بقدر من الاستغلال فى مباشرته لعمله فإن العقد فى هذه الحالة يكون عقد مقاولة.

ومعيار التبعية يستخلص من مقارنة تعريف عقد العمل الوارد فى المادة ٦٧٤ من التقنين المدنى . بتعريف عقد المقاولة المذكور فى المادة ٦٤٦، إذ يمثل عنصر التبعية فى الأول مكاناً بارزاً ، بينما يختفى فى الثانى اختفاء تاماً، ولكن العقدان يتحدان فيماعداه، وفضلا عن ذلك فقد كان المشروع

-ولكن هذا المعيار بدوره ليس دقيقاً كما أنه قاصر عن الإحاطة بكافة الصور، ومثال ذلك مقاول الأعمال الصحية أو التوصيلات الكهربائية الذى يتعاقد مع مقاول مبان ، على أن يقصر نشاطه على العمل لحساب هذا الأخير فترة معينة دون أن يكون خاضعاً لرقابته وإشرافه،على العكس قد يعرض الشخص خدماته على الكافة ومع ذلك يعتبر عاملاً لا مقاولاً ومثال ذلك من تقمن بأعمال النظافة وغسل الملابس فى بعض المنازل (حسن كيره ص ١٣٥ وما بعدها- عبد الودود يحيى ص ١٢٨ ومابعدها) .

ولذلك حاول بعض أنصار الرأى السابق تصحيحه بالاعتماد فى تكييف العقد على مدى استمرار الروابط بين طرفيه ، بحيث يوجد عقد مقاولة إذا كانت الرابطة بين الطرفين تنتهى بتقديم العمل، بينما يوجد عقد عمل إذا استمر من يؤدى العمل بعد الفراغ منه فى خدمة نفس صاحب العمل .

وهذا المعيارمعيب بدوره لأن الطبيعة القانونية للعقد لا ترتهن بمدى استمرار الروابط بين أطرافه، فضلا عن أن هذا المعيار يعود بنا إلى الرأى القائل بأن العامل يلتزم ببذل عناية والمقاول يلتزم بتحقيق نتيجة .

التمهيدى للتقنين المدنى ينص فى المادة ٩٣٣ على أن عقد العمل "يتميز عن عقد المقاولة بأنه يخول رب العمل حق توجيه ما يؤدى له من خدمات، أو على الأقل حق الإشراف على طريقة القيام بهذه الخدمات"، وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى شرحاً لهذا النص " أنه يعرض لكيفية التمييز بين عقد العمل والمقاولة فيجعل معيار التفرقة مرتبطاً بمدى حق صاحب العمل فى توجيه ما يؤدى من خدمات أو على الأقل فى الإشراف على طريقة القيام بهذه الخدمات " .

ولايؤثر على وجود هذا المعيار حذف تلك المادة فى لجنة المراجعة لأن الحذف يعزى إلى أن التمييز بين العقدين على النحو الوارد به أدخل فى عمل الفقه منه فى عمل المشرع أى أنه معيار فقهى وليس مبدأ تشريعياً[١].

---

(١) إلا أنه يراعى أن صاحب العمل فى عقد المقاولة ليس محروماً من إبداء رأيه وتوجيهاته فى شأن العمل المتعاقد عليه، بل فى حالات كثيرة يحدد المقاول تعليمات معينة بشأن ما يضطلع به من مهمة وذلك يجعل الحد الفاصل بين عقد العمل وعقد المقاولة من وجود التبعية القانونية فى الأول وتخلفها فى الثانى أمراً بالغ الدقة . ويحاول القضاء والفقه الفرنسى تخطى هذه الصعوبة عن طريق القول بأن رب العمل يكتفى فى عقد المقاولة بالتوجيه العام للعمل وفيما يخص النتيجة التى يرد الحصول عليها، بينما يتدخل فى عقد العمل بصفة مباشرة فى أداء العمل ووسائله، أو القول بأن رب العمل يملك سلطة على شخص العامل فى أداء العمل، بينما يكتفى فى عقد المقاولة بإعطاء توجيهات محددة تتعلق بموضوع العمل المطلوب إتمامه دون اقتران ذلك بسلطة له على شخص المقاول. وقد تصدق مثل هذه المعايير فى كثير من الحالات للدلالة على توافر أو تخلف=

وبالترتيب على ذلك إذا ثبت حق صاحب العمل فى الإدارة والإشراف كان العقد عقد عمل ، ولايهم بعد ذلك ما إذا حدد الأجر بحسب الزمن أو القطعة أو الطريحة أو العمل المعين بالذات ، كما لايهم ما إذا اقتصر الشخص على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله أو التعهد بتقديم العمل والمادة معاً وما إذا كان الشخص قد استعان فى تنفيذ العمل بعمال آخرين أو انفرد هو بالقيام بتأديته دون أن يتخذ مساعدين له ، وما إذا كان الشخص يعمل لدى صاحب عمل واحد أو جملة من أصحاب الأعمال.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " وحيث إن هذا النعى مردود بأن المادة ٦٧٤ من القانون المدنى تنص على أن " عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" وأن المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ سنة ١٩٥٢ تنص على أن " تسرى أحكام هذا القانون على العقد الذى يتعهد بمقتضاه

=التبعية القانونية ، ولكنها بمفردها ليست حاسمة . لذلك يبدو من الواجب إلى جوارها استكناه ظروف الواقع المختلفة للوقوف خاصة على مدى ما يتمتع به من يؤدى العمل من حرية واستقلال فى أداء العمل واتفاق ذلك أو تنافره مع مركز الخضوع والتبعية لصاحب العمل، وعلى مدى تحمل من يؤدى العمل أو عدم تحمله بالمخاطر، وعلى مدى تمتع أو عدم تمتع صاحب العمل بضرورة توقيع جزاءات على العامل يستمدها من وصفه صاحباً للعمل (حسن كيره ص ١٣٦ وما بعدها هامش ٥) .

عـــامل بأن يشتغل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه وفى مقابل أجر"
ومؤدى هاتين المادتين أن عقد العمل يتحقق بتوافر أمرين هما تبعية العامل
لــرب العمل وتقاضيه أجراً على عمله ، ولما كان القرار المطعون فيه قد
أقــام قضـــاءه عـــلى تحقق هذين الأمرين فى خصوص الرابطة التى تربط
الطاعـــنين بالصناع المنضمين للنقابة التى يمثلها المطعون عليه بما أورده فى
أسبابه من أنه " ثبت أن صاحب المصنع هو الذى يحدد ساعة فتح المصنع
وســاعة إقفالـــه وهـــو الذي يشرف إما بنفسه أو بواسطة رئيس عماله
إشرافاً مهنياً كاملاً على جميع عمال المصنع ويراقب حسن أدائهم لعملهم
وهو الذى يحدد عدد الطريحة التى يسلمها لكل طاقم حسب حالة السوق
ويحدد له نوع ومقاسات هذه الطريحة ويقدم لهم القوالب اللازمة للأحذية
المطلـــوب إنجازها وهو الذى يحافظ على النظام فى مصنعه فإذا ما خالف
أحـــد العمال أمره جازاه أو فصله مباشرة إذا كان المخالف رئيساً للطاقم
أو بطـــريقة غير مباشرة إذا كان المخالف أحد المساعدين- وأن التحقيق
أثبـــت أن أجر العامل ارتفع تباعاً ابتداء من سنة ١٩٣٩ وما بعدها وأنه
ســاير فى ذلـــك قوانين إعانة غلاء المعيشة — وأنه تبين من أقوال طرفى
الـــنـــزاع أن العلاقة التى تربطهما هى علاقة العامل بصاحب العمل فهذا
الأخـــير هو الذى يقوم بالتأمين على عماله وهو يصرف لهم قروضاً عند
حاجتهم لها ويعطيهم إجازات سنوية مدفوعة كما أن كثيراً من أصحاب
المصانع جروا على صرف مكافآت نـــهاية الخدمة للعمال المفصولين، كما
أن الأجر ازداد تباعاً تمشياً مع قوانين إعانة غلاء المعيشة— وهذا كله يدل

علــى أن الطـــرفين كانـــا متفقين على صفة رافعى النزاع وأنـــهم عمال لامقـــاولين"، لمـــا كان ذلك فإن القرار المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه وتأويله — أما ما أورده الحكم لتدعيم وجهة نظره بما تحدث فيه عن المعيار الاقتصادى لتعرف حقيقة التكييف القانونى للعقد الذى يربط طرفى الـــنزاع فإنه تزيد يستقيم الحكم بدونه — كما أن مـــا يعيـــبه الطاعنون على القرار المطعون فيه من قصور مردود بأن القرار أورد فى أســـبابه وجهة نظر الطاعنين فذكر : " أن ما يدلى به أصحاب المصانع من حجج تخلص فى أنه لما يضفى على رافعى النزاع صفة المقاول أن صانع الأحذية يستخدم من باطنه عمالاً آخرين هم مساعدوه يأخذون أجورهـــم منه وعلاقتهم به علاقة مباشرة ولا يتدخل رب العمل فى ذلك مطلقاً مردود بأنه ما من مانع يمنع العامل الذى يعمل بمصنع ما هو مكلف بـــأداء عمـــل معين فيه أن يستعين بمساعدين يختارهم هو وذلك لحسن التفاهم الواجب توافره بينه وبينهم وهذا لا يضر صاحب العمل فالجميع يعملـــون داخل مصنعه وتحت إشرافه كما أن الأجر الذى يدفعه هو أجر الوحـــدة الـــذى يوزع على العامل ومساعديه- وفى أن هؤلاء الصناع يعملـــون عـــلى بنوك وكراسى يملكونها وبآلاتهم الخاصة ويشتركون فى مصاريف صنع الحذاء إذ يتحملون ثمن المسمار والغراء وهذا مردود عليه بـــأن العامل يقدم البنك والكراسى تمشياً مع عرف صناعة معينة وهذا لا يضفى عليه صفة المقاول ، كما أن عمله بآلاته الخاصة لا يدل على شئ فكـــثير مـــن العمال فى الصناعات المختلفة يعملون بـــآلاتهم الخاصة التى

اعتادوا الشغل بواسطتها خصوصاً عندما تكون تلك الآلات صغيرة الحجم قليلة القيمة كما هو الحال فى صناعة الأحذية – أما أن العامل يشترك فى مصاريف صنع الحذاء بتحمله ثمن المسمار والغراء والدوبارة فإن هذا زعم غير صحيح لأن الأجر الذى يدفعه صاحب المصنع للعمال يدخل فيه مصاريف هذه التكلفة حتى لقد ذكر أحد أصحاب المصانع فى التحقيق أن أجر صنع الحذاء يزيد تبعاً لزيادة هذه المصاريف ولزيادة الغلاء بالنسبة للعامل وهذا يفهم منه أن صاحب العمل هو الذى يتحمل هذه المصاريف فى الحقيقة وأنه لجأ لهذه الطريقة توخياً للاقتصاد ولكى لايسرف العامل فى استهلاك تلك المواد " وهذا الذى أورده القرار لا يعتوره قصور– هذا فضلا عن أنه لا على الهيئة إذ هى أغفلت الرد على جميع ما يثيره الخصوم من أوجه الدفاع مادام أنها أقامت قضاءها على توفر الأمرين اللذين تتحقق بهما رابطة عقد العمل بين الطاعنين والعمال المنضمين للنقابة التى يمثلها المطعون عليه وفى ذلك ما يكفى لحمل القرار المطعون فيه " .

(طعن رقم ٢٨٩ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٤/٤)

٣– "المناط فى تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقاولة وغيره من العقود هو توافر عنصر التبعية التى تتمثل فى خضوع العامل لرب العمل وإشرافه ورقابته وهو ما نصت عليه المادة ٦٧٤ من التقنين المدنى بقولها:

"عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" كما نصت كذلك المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة

١٩٥٢ بأن " عقد العمل هو الذى يتعهد بمقتضاه عامل بأن يشتغل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه فى مقابل أجر" وأنه يكفى لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو فى صورتها التنظيمية أو الإدارية ... إلخ " .

(طعن رقم ١٣٧ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٣/٢/١٣)

٤- " تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقاولة أو غيره من العقود هو بتوافر عنصر التبعية التى تتمثل فى خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته وهو ما نصت عليه المادة ٦٧٤ من التقنين المدنى بقولها إن عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة العاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " ، وما نصت عليه كذلك المادة ٤٢ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ بأنه "العقد الذى يتعهد بمقتضاه عامل أن يشتغل تحت إدارة صاحب عمل وإشرافه مقابل أجر " .

(طعن رقم ٧٧٥ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٢/٦/١٠)

ويكفى لتمييز عقد العمل عن عقد المقاولة أن تتوافر فى عقد العمل التبعية التنظيمية أو الإدارية حتى ولو لم تتوافر التبعية الفنية. والمقصود بالتبعية التنظيمية هى خضوع العامل لصاحب العمل فى شأن الظروف الخارجية التى يتم فى ظلها تنفيذ العمل كتحديد أوقاته ومكانه ، وتقسيم العمل على العمال إذا تعددوا والتفتيش عليهم للتأكد من مراعاتهم للتعليمات الصادرة إليهم وتوقيع الجزاء على المخالف منهم .

أمـــا التبعية الفنية- والتى لا يلزم توافرها- فيقصد بها خضوع العامل لتوجـــيه وإشـــراف كامل أو شبه كامل من قبل صاحب العمل فى جوهر العمل بدقائقه وجزيئاته .

فيفـــترض فى صاحب العمل – فى هذه الصورة- أن يكون عالما بفن حرفته أو على الأقل ملما به إلماما يجعل فى قدرته توجيه العامل وإدارته[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يكفى فى علاقة العمل توافر التبعية المهنية وهى أن يخضع العامل لإشراف وتوجيه صاحب العمل وتعليماته، وإذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استظهر معالم هذه التبعية ومقوماتها من الاتفاق المحرر بين الطاعـــنة- شـــركة سكك حديد مصر الكهربائية وواحات عين شمس- والمطعون عليه وقـــد تضمن الاستعانـــة بـــه فى " دراسة المسائل القانونية والقضائية وبصفة خاصة ما يتعلق منها بأعمال التنازلات وتقويم ممتلكات الشـــركة ومـــا قـــد ينشأ من المسائل الضريبية " وأن أعماله لديها تشمل الإجـــراءات اللازمة لدى الإدارت والمصالح العامة ومجلس الدولة لتسوية المـــنازعات حسب تعليمات الشركة " وتوكيله " فى تمثيل الشركة أمام المحاكم " مقابل أتعاب تغطى جميع الاستشارات التى تطلبها منه وكذلك الإجـــراءات التى تتخذ أمام الإدارات والمصالح والدفاع عن الشركة أمام

---

(٢) راجـــع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى قانون العمل الجديد- المجلد الأول ص ٧٨٨ وما بعدها

المحـــاكم، ورتـــب على ذلك أن العلاقة بينهما هى علاقة عمل لا علاقة وكالـــة وغلب الأولى على الثانية مستندا فى ذلك إلى أنه " هذا وفى واقعة هـــذه الدعـــوى لا يعطى المتعاقدان الأعمال القانونية سوى أهمية ثانوية بالقـــياس إلى الدراسات والاتصالات المتعددة الواردة بالفقرتين الأوليين بدليل ما نص عليه فى الاتفاق فى صدد تمثيل الشركة أمام القضاء من أن ذلك يكون بالنسبة للقضايا التى تعهد الشركة بـــها للمستأنف عليه سواء بمفرده أو بالتعاون مع محامى الشركة مما يستشف منه أن للشركة محاميها الذين يقومون بالدفاع عنها أمام القضاء وأن توكيلها للمستأنف عليه قاصر على بعض القضايا التى ترى تكليفه فيها فى الدفاع" . فإنه لا يكون قد خـــالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه أوشابه قصور يعيبه إذ هى تقريرات سائغة تكفى لحمله – ولما تقدم يتعين رفض الطعن " .

(طعن رقم ٩٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٣/٢٩)

٢– " تبعـــية العامل لرب العمل هى عنصر جوهرى فى عقد العمل، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى انتفاء هذه التبعية استناداً إلى ما قرره من أن الثابت من أقوال الشهود الذين سمعوا فى الدعوى ومن المستندات المقدمة فيها أن علاقة الطاعن بالشركة المطعون ضدها كانت علاقة وكالة بالعمولة وليست علاقة عمل دون أن يحصل الحكم فى أسبابه أقوال هؤلاء الشـــهود أو يبين هذه المستندات ومضمونـــها وكيف استقى منها هذه الحقيقة التى قام عليها فإن ذلك يعد قصورا مبطلا للحكم إذ لا يمكن معه

تعيين الدليل الذى أقامت عليه المحكمة اقتناعها والتحقق من أنه يفضى إلى النتيجة التى انتهت إليها " .

(طعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٢ يناير ١٩٧٤)

٣- "مناط تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقاولة وغيره من العقود- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو توافر عنصر التبعية التى تتمثل فى خضوع العامل لرب العمل وإشرافه ورقابته وهو ما نصت عليه المادة ٦٧٤ من التقنين المدنى وكذا المادة ٢٤من القانون ٩١ لسنة ١٩٥٩، وأنه يكفى لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو فى صورتها التنظيمية أو الإدارية ..... الخ " .

(طعن رقم ٤٥٨ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/٤/١٥)

٤- " المناط فى تكييف عقد العمل وتمييزه عن غيره من العقود — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو توافر عنصر التبعية التى تتمثل فى خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته وهو ما نصت عليه المادة ٦٧٤من التقنين المدنى بقولها " عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر تحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر "، وما تقضى به المادة ٤٢ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ من سريان أحكام قانون عقد العمل الفردى على العقد الذى يتعهد بمقتضاه عامل بأن يشتغل تحت إدارة صاحب عمل أو إشرافه مقابل أجر، وأنه يكفى لتحقق هذه التبعية ظهورها ولو فى صورتها التنظيمية أو الإدارية " .

(طعن رقم ١٥٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٢/٨)

٥- " تكيـــيف عقد العمل وتمييزه عن غير من العقود . مناطه. توافر عنصر التبعية . المادتان ٦٧٤ مدنى ، ٢٩ ق ١٣٧ لسنة ١٩٨١ . ظهور التبعية فى صورتها التنظيمية أو الإدارية . كاف لتحقيقها " .

(طعن رقم ٤٣٧٣ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٦/١٣)

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٧٤/١١/٩ فى الطعن رقم ٦٥٠ لسنة ١٦ ق بأن :

"يقصد بالتبعية ، التبعية القانونية أى التبعية التى فرضها القانون والتى تتمثل فى قيام العامل بتأدية العمل لحساب رب العمل وتحت إدارته وإشرافه، ويكـــون لرب العمل توجيه العامل فيما يؤديه إليه من أعمال وفى طريقة أدائـــه فيصـــدر إليه التوجيهات ويلزم العامل بتنفيذها وإلا اعتبر مقصراً فى عملـــه وغـــنى عن البيان أن سلطة رب العمل فى التوجيه تضيق كلما كان العمل المسند إلى العامل من الأعمال الفنية التى يخضع فى ممارستها لأصول المهنة وقواعدها وآدابـــها، وفى مثل هذه الحالات تكون توجيهات رب العمل وإشرافه قاصرة على النواحى الإدارية أو التنظيمية فقط " .

٧ـ المقاولة والوكالة :

(راجع المجلد الأول بند (٢١٦) .

وقـــد خلصنا فى المجلد الأول إلى أن الوكالة والمقاولةيتفقان فى أن كلا مـــنهما عقـــد يـــرد على العمل . وأن هذا العمل يؤديه كل من المقاول والوكيل لمصلحة الغير ، ولكنها يختلفان فى أن العمل فى عقد الوكالة هو تصرف قانونى فى حين أنه فى عقد المقاولة عمل مادى .

والوكيل وهو يقوم بالتصرف القانونى لمصلحة موكله يكون نائبا عنه ويمـــثله فى التصرف الذى يقوم به فينصرف أثر هذا التصرف إلى الموكل. أمـــا المقـــاول وهو يؤدى العمل المادى لمصلحة رب العمل لا ينوب عنه وإنـــما يعمل استقلالا .

وقـــد تلتبس المقاولة بالوكالة وبخاصة فى العقود التى تبرم مع أصحاب المهـــن الحرة كالطبيب والمهندس والمحامى والمحاسب . وقد جرى القضاء الفرنســـى منذ عهد بعيد على اعتبار هذه العقود عقود وكالة ، لا عقود مقاولـــة أو عمل ، ذلك أن المقاولة والعمل يوصفان فى القانون الفرنسى بأنـــهمـــا عقدا إيجار للعمل ، فأراد القضاء الفرنسى أن يرتفع بأصحاب هـــذه المهن الحرة عن أن يكونوا أجراء لأصحاب العمل، وآثر أن يجعلهم وكـــلاء عنهم فيكون العقد الذى يربط صاحب المهنة الحرة برب العمل عقد وكالة لا عقد عمل أو مقاولة . ولكن‌هذه النظرة خاطئة ، فالأعمال الـــتى يقوم بـــها أصحاب هذه المهن الحرة هى أعمال مادية فى مجموعها لاتصرفات قانونية ، وإن كانت ناحية الفكر فيها متغلبة. ولكن هذا لايمنع مـــن أن تكـــون أعمالا مادية لاتصرفات قانونية ، ويكون العقد الذى يربطهم‌بالغير عقد مقاولة أو عقد عمل. وإن‌كان يدخل فى عمل صاحب

المهنة الحرة بعض التصرفات القانونية فإن هذه التصرفات الأخيرة هى التى تخضع وحدها لأحكام الوكالة ونعرض فيمايلى لبعض التطبيقات.

(أ)– عقد العلاج الطبى :

ينعقد بين الطبيب والمريض الذى يلجأ إليه طالبا العلاج عقد ، جرى الاصطلاح حديثا على تسميته بالعقد الطبى contratmédical، وعلى تعريفه بأنه اتفاق يقصد به أن يقوم طبيب بالعناية بصحة شخص وعلاجه فى مقابل أجر (أو أتعاب) [١].

فالعقد مع الطبيب هو عقد مقاولة تأسيسا على كونه اتفاق بين المريض والطبيب على قيام الأخير بعلاج الأول مقابل أجر متفق عليه ، ولامراء أن العلاج عمل مادى ولا ينفى ماديته أن يكون عملا عقليا، وهكذا تتوافر فى عناصر اتفاق الطبيب مع المريض مقومات عقد المقاولة[٢].

غير أن العقد مع الطبيب قد يكون عقد عمل إذا كان الطبيب خاضعا لإشراف عميله من الناحية الإدارية وإن كان مستقلا من الناحية الفنية، كما إذا كان الطبيب يعمل فى مؤسسة أو فى مستشفى، فالاستقلال الفنى لا يمنع الخضوع الإدارى أو التنظيمى .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٧ .

(٢) السنهورى ص ٢٤– محمد لبيب شنب ص ٤٠ وما بعدها– قدرى الشهاوى ص ٣٢ — غير أن رأيا ذهب إلى أن العقد الطبى عقد وكالة ، تأسيسا على أن عمل الطبيب تغلب عليه الصفة العقلية أو الذهنية ، فلا يمكن اعتباره محلا لعقد عمل (إجارة أشخاص) (مشار إليه فى مؤلف محمد لبيب شنب ص ٣٩).

ومع ذلك يختلف العقد مع الطبيب عن عقد المقاولة فى بعض الأمور، ويرجع ذلك إلى أنه عقد يقوم على الاعتبار الشخصى وأساسه الثقة التى يشعر بها المريض نحو الطبيب الذى يتعاقد ، لأنه يلجأ إليه بقصد العلاج وهو أمر يمس شخص المريض نفسه .

ويترتب علي ذلك عدة نتائج هى :

١- أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية،هى شفاء المريض ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظه تتفق مع الأصول المستقرة فى علم الطب . فيسأل الطبيب عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لايقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول (١).

أما فى المقاولة، فيلتزم المقاول فى الغالب من عقود المقاولة بتحقيق غاية لا بذل عناية ، كتشييد البناء ووضع التصميم وعمل المقايسة ونحو ذلك.

٢- التعاقد مع الطبيب تكون فيه شخصيته محل اعتبار ، ومن ثم فإنه بوفاة الطبيب ينتهى العقد، أما عقد المقاولة فلا ينقضى بوفاة المقاول إلا إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى العقد ، وعلى هذا نصت المادة ٦٦٦ مدنى بقولها : " ينقضى عقد المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد . فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه ولايجوز لرب العمل فسخه فى غير الحالات التى تطبق فيها

---

(٢) الدكتور سليمان مرقس المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية القسم الأول ١٩٧١ ص ٣٨٢ — الدكتور محمد حسين منصور المسئولية الطبية دار الجامعة الجديدة للنشر ص ١٤٩ .

المـــادة ٦٦٣ إلا إذا لم تـــتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل " .

٣- العقـــد مـــع الطبيب غير لازم لا من جهة المريض ولا من جهة الطبيـــب. فيســـتطيع المريض أن يرجع فيه ولا يرغم على أن يبقى تحت علاج طبيب لا يريده أو أصبح لا يثق فيه . وكذلك يستطيع الطبيب أن يـــرجع فى العقد إذا وجد مبررا لذلك وبشرط ألا يكون ذلك فى ظرف غير لائق بالتفصيل الذى سيلى فى هذا البند .

وهذه الخصائص التى تميز العقد مع الطبيب حملت بعض الفقهاء على أن تنكر على هذاالعقد أنه عقد مقاولة وتعتبره عقدا غير مسمى[1]. وقد أخـــذت بـــهذا الرأى محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ١٣ يوليو سنة ١٩٣٧.

٤- التزام الطبيب محله العلاج ، والعلاج ليس عملا قانونيا بل عملا ماديا والطبيب إذ يقوم بعمله لايفعل ذلك باسم المريض بل باسمه الشخصى، وإذن فلا نيابة فى عمل الطبيب ، ويلتزم الطبيب بأن يعالج المريض بنفسه، فلا يجوز له أن يعهد بالعلاج إلى طبيب آخر، أما المقاول فيستطيع أن ينفذ العمل بواسطة مقاول من الباطن .

غير أن الفقه يرى أن هذه الخصائص ليس من شأنـــها أن تستبعد وصف المقاول من العقد الطبى .

وذلك لما يأتى :

---

(١) السنهورى ص ٢٤ وما بعدها .

١- أن الأصل فى المقاولة أنها عقد لايقوم على أساس الاعتبار الشخصى ولذلك كانت القاعدة أنها لا تنقضى بوفاة أحد طرفيها، وأنه يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن (م ١/٦٦١).

ولكن هذا لا يعنى أن الاعتبار الشخصى يتعارض مع طبيعة المقاولة، بحيث أنه إذا قام عقد على أساس هذا الاعتبار فإنه لا يمكن أن يكون عقد مقاولة، والمشرع نفسه بعد أن قرر أنه لا يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل إلى مقاول من الباطن ، عاد فاستثنى من ذلك حالة ما إذا هناك شرط فى العقد يمنع ذلك أو كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية (م١/٦٦١). كذلك قررت المادة ٦٦٦ أن ينقضى عقد المقاوله بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى العقد .

٢- أن عقدالمقاولة كما يكون محله التزاما بتحقيق غاية، فإنه يجوز أن يكون محله التزاما ببذل عناية . إذا كان محل التزامه هو مجرد القيام بعمل لايؤدى إلى صنع شئ. والمميز لعقد المقاولة هو العمل المستقل غير الخاضع والأجر ، بصرف النظر عن طبيعة العمل .

٣-أن كون العقدمع الطبيبغير لازم لايمنع العقدمن أن يكون مقاولة. فالمريض فى عقده مع الطبيب كرب العمل فى المقاولة يستطيع أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه على أن يعوض الطبيب عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما قام به علاج . ويختلف عن رب العمل فى المقاولة العادية بأنه لا يعوض الطبيب على ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م١/٦٦٣ مدنى) ، ذلك أن العقد مع الطبيب

يقوم على الثقة الشخصية. والطبيب كذلك فى عقده مع المريض، كالمقاول فى عقد المقاولة ، له أن يرجع فى العقد [١].

إذا وجـــد نفسه أمام مريض ملح فى طلباته أو مأخوذ بهواه . إلا أن الطبيـــب مقيد فى فسخ العقد بعدم هجر المريض فى وقت غير لائق أثناء العـــلاج . وهذا الالتزام الذى تفرضه الواجبات المهنية يمنع الطبيب كما يظهر من أن يهجر المريض كلما كان هناك سبب- كعدم وجود طبيب آخر أو خطر وقف العلاج أو اعتقاد المريض أن الطبيب سوف يستمر فى العـــناية به — يجعل فى هجر المريض خطرا حقيقيا يهدد المريض بالضرر، ومـــن ثم فـــإن حق الطبيب مقيد إلى حد ما . وعلى ذلك فإنه إذا فسخ العقـــد مـــع المريض بالمخالفة لهذه القيود فإنه يكون مسئولا عن تعويض الضرر الذى يصيب المريض من جراء ذلك [٢].

(ب) — العقد المبرم بين المهندس المعمارى وصاحب البناء :

المهندس المعمارى هو الشخص الذى يضع الرسومات والمقايسات اللازمة لإقامة بناء، ويشرف على تنفيذها .

ويذهـــب الرأى الغالب فى القضاء الفرنسى إلى اعتبار هذا العقد عقد وكالـــة ، واعتـــبار المهندس المعمارى وكيلا مأجورا عن رب العمل . ويرتبون على ذلك عدة نتائج أهمها ارتباط رب العمل بالعقود التى يبرمها المهندس المعمارى باسمه ، والتزامه بالحساب الذى يربطه مع مقاول البناء وحـــق المحاكم فى مراجعة الأجر المتفق عليه بين المهندس المعمارى ورب

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٤٢ وما بعدها — قدرى الشهاوى ص ٣٣ .

(٢) الدكتور حسن الإبراشى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية فى التشريع المصرى والقانون المقارن- دار النشر للجامعات المصرية . ص ٩١ .

العمـــل. وينتقد رأى فى الفقه هذا المسلك من جانب القضاء ، لأن مهمة المهـــندس المعمارى مهمة مادية محضة وهى وضع الرسومات والمقايسات اللازمة للبناء ثم الإشراف على تنفيذ هذه الرسومات . وإذا كان المهندس المعمارى فى قيامه بـــهذه المهمة يعمل لحساب رب العمل ، فهو لا يمثله ولايـــنوب عنه ، بل يعمل باسمه الخاص، ولما كان فى عمله مستقلا ، لا يخضـــع لإشراف أو رقابة من جانب رب العمل، فإن العقد الذى يربطه بصاحب البناء لا يمكن أن يكون إلا عقد مقاولة [1].

وقد أخذت محكمة النقض بـهذا الرأى فقضت بأن :

١- " إن المشرع إذ جمع العقود المسماة فى الكتاب الثانى من القانون المـــدنى، ونظـــم أحكام عقد المقاولة فى الفصل الأول من الباب الخاص بـــالعقود الـــواردة على العمل منفصلاعن عقد الإيجار وقدكان واردا فى القانون المدنى القديم فى باب الإيجار تحت عنوان " إيجار الأشخاص وأهل الصـــنائع" ، وعـــرف المشرع المقاولة فى نص المادة ٦٤٦ بأنـــها "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يـــتعهد به المتعاقد الآخر " . وأورد بالمواد التالية التزامات المقاول وجعل قواعـــد المســـئولية عن تـــهدم البناء وسلامته شاملة المهندس المعمارى والمقاول على حد سواء لم يقصر عمل المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسئولا إلا عن العيوب التى أتت منه، وبين طريقة تحديد أجر كل منهما بما فى ذلك أجر المهندس إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه ،فإن المســـتفاد من ذلك وعلى ما جاء بالمذكـــرة الإيضاحية للقانون المدنى فى

---

(٢) عبد الرازق حسين ص ٨٦ وما بعدها .

هذا الخصوص- أن المشرع أراد تنظيم عقد المقاولة لتلائم قواعده التطور الذى وصلت إليه أعمال المقاولات فى صورها المختلفة وأنه إنـما أورد القواعـد المتعلقة بالمهندس المعمارى ليعتبر عمله بوضع التصميم والمقايسة ومراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج فى صورها، وأن اختلاط ناحية الفكر بهذه الأعمال لايمنع من اعتبارها من قبيل الأعمال المادية لا من قبيل التصرفات القانونية فلا يتغير بذلك وصف العقد من المقاولة إلى الوكالة مما يوجب تطبيق أحكام المقاولة عليه " .

(طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٥/١٦)

٢- " لا على الحكم إذا أخطأ فى تكييف التعاقد محل الدعوى بشأن وضع تصميمات وعمل مقايسات والإشراف على تنفيذها ووصفه بأنه عقد غير مسمى مع أنه عقد مقاولة متى كان لا تأثير لهذا الخطأ على سلامة قضائه " .

(طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٥/١٦)

٣- " نظم المشرع عقد المقاولة بالمادة ٦٤٦ وما بعدها من القانون المدنى، وأورد بهذه المواد القواعد المتعلقة بالمهندس المعمارى باعتبار عمله فى وضع التصميم والمقايسة وفى مراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج فى صورها ، وجعل قواعد المسئولية عن تهدم البناء وسلامته تشمل المهندس المعمارى والمقاول على سواء ما لم يقتصر عمل المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسئولا إلا عن العيوب التى أتت منه . ومن ثم فإن ضمان المهندس المعمارى أساسه عقد يبرم بينه وبين رب العمل يستوجب مسئوليته عن أخطاء التصميم أو عيوب التنفيذ".

(طعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢٧)

غـــير أنـــه قد يعهد إلى المهندس المعمارى بموجب اتفاق صريح أو ضـــمنى بالقيام ببعض الأعمال القانونية ، بجانب ما يقوم به من أعمال مادية مثل تخويله السلطة فى إدخال تعديلات على التصميمات الأصلية أو إضافة أعمال جديدة، أو محاسبة المقاول وإقرار الحساب ودفع ما يستحقه المقـــاول فى ذمة رب العمل وتسلم العمل من المقاول على أجزاء أو جملة واحدة بعد إنجازه ، وليس من شأن تخويل المهندس المعمارى سلطة القيام بـــهذه الأعمـــال تغيير طبيعة العقد من مقاولة إلى وكالة، وإنما يقتصر الأمر على تطبيق أحكام الوكالة على هذه الأعمال القانونية ، بينما تطبق أحكـــام المقاولة على الأعمال المادية الأخرى . وإذا تعذر ذلك فى بعض الحـــالات كما هو الحال بالنسبة للأجر والأتعاب ، وجب تغليب حكم المقاولة ، وعلى ذلك إذا كان الأجر متفقا عليه عند إبرام العقد ، فلا يجوز للقضـــاء مراجعته لا بالنقص ولا بالزيادة ، لأن العقد شريعة المتعاقدين ، ولأن المشرع لم يخرج عن ذلك إلا بالنسبة للوكالة فقط (م٧٠٩/٢).

وإذا لم يتفق المتعاقدان على الأجر ، فلا يفترض أن المهندس المعمارى قـــد قبل أن يقوم بالعمل مجانا كما هو الأصل فى الوكيل (م٧٠٩) ، بل يحق له رغم عدم الاتفاق أن يطالب بأجر عن عمله .

وإذا تعدد أصحاب العمل فلا يكونون متضامنين فى مواجهة المهندس المعمارى فى التزامهم بدفع الأجر ، لأن هذا الالتزام قابل للانقسام ، ولم يوجب القانون تضامنهم، خلافاالماهو مقرر بالنسبةللموكلين (م٨١٢)[1].

---

(١) محمد لبيب شنب ص٣٦- محمد كامل مرسى ص٤٧٧- فتيحه قره ص ٤٤.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لــئن كان الأصل أن مهمة مقاول التفريغ مقصورة على العمليات المادية الخاصة بتفريغ البضاعة من السفينة إلا أنه متى عهد إليه المرسل إليه باســتلام البضــاعة وسلمه سند الشحن فإنه تكونله فى هذه الحال إلى جانب صفته كمقاول للتفريغ صفة " أمين الحمولة" وبذلك يصبح وكيلا عن المرسل إليه فى الاستلام . وهذه الوكالة تفرض عليه واجب التثبت من حالــة البضاعة الخارجية وشكلها الظاهر والتيقن من مطابقتها للأوصاف الواردة فى سند الشحن والقيام بكل ما يلزم لحفظ حقوق موكله المرسل إلــيه ، فيلــتزم فى حالة وجود تلف أو عجز بالرسالة باتخاذ التحفظات والإجــراءات الكفيلة بإثباتــهما بما فى ذلك الالتجاء إلى القضاء لإثبات حالــة البضاعة إذا اقتضى الأمر ذلك كما يلتزم بعمل الاحتجاج اللازم لرفع دعوى المسئولية وعلى العموم فإنه يلتزم بكل ما يلتزم به الوكيل من رعاية حقوق موكله واتخاذ الإجراءات الكفيلة بتوفير أدلة الإثبات اللازمة للــرجوع على الناقل فإذا قصر فى ذلك كان مسئولا قبل موكله عن كل ما يصيبه من ضرر نتيجة هذا التقصير " .

(طعنان رقما ٧٦ ، ٨٠ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٧/١/٥)

٨ـ أهمية التمييز بين المقاولة والوكالة :

للتمييز بين المقاولة والوكالة أهمية من الوجوه الآتية :

١- صفة المقاول يترتب عليها غالبا صفة التاجر، ولكن صفة الوكيل لا يترتب عليها ذلك .

٢- الأصل فى الوكالة أنـــها تبرعية مالم يتفق على غير ذلك(م٧٠٩/١ مدنى) بخلاف عقد المقاولة فهو من عقود المعاوضات . كما أنه إذا اتفق على أجر فى الوكالة فإن هذا الأجر يكون خاضعا لتقدير القاضى (م٧٠٩/٢ مـــدنى). أما فى المقاولة فإن الطرفين يلتزمان بالأجر المتفق عليه باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين .

٣- لايعتبر المقاول خلافا للوكيل تابعا لرب العمل بالمعنى الوارد بالمادة ١٧٤ مدنى ، فلا يترتب على الرابطة التى تربطه برب العمل أن يكون رب العمل مسئولا عن الضرر الذى يحدثه بعمله غير المشروع [١].

٤- إذا تعـــدد الموكلون كانوا جميعا متضامنين قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالـــة (م ٧١٢ مدنى) . أما إذا تعدد أرباب العمل ، فلا تضامن بينهم فى مواجهة المقاول إلا إذا اتفق على ذلك .

٥- إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة ،كان للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر (م٧٠٨/٣ مدنى) . ويختلف هـــذا الرجوع فى شروطه وفى مداه عن حق المقاول من الباطن فى مطالبة رب العمـــل مباشـــرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأصلى (م ٦٦٢/١مدنى) [٢].

٦- يـــتحمل المقاول الخسائر الناجمة عن عمله ، ولايلزم رب العمل بأى تعويض عن الحوادث التى تقع [٣].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٧٧ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٣٢ هامش (١/و) .

(٣) محمد كامل مرسى ص ٤٧٧ .

٧- إن المقاولة فى الأصل عقد لازم ، أما الوكالة فهى فى الأصل غير عقد لازم ويجوز عزل الوكيل أو تنحيته فى أى وقت .

٨- لا تنتهى المقاولة بموت رب العمل أو بموت المقاول إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار. وتنتهى الوكالة بموت الموكل أو موت الوكيل [١].

٩- تختلف الأحكام الخاصة بالأهلية فى عقد المقاولة عنها فى عقد الوكالة كما سنرى .

٩- المقاولة والشركة :

تنص المادة ٥٠٥ مدنى على أن : " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى ، بتقديم حصة من مال أو من عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة " .

ويبين من هذا التعريف أن حصة الشريك فى الشركة هى التزامه القيام بأعمال تعود على الشركة بالفائدة ، وقد يكون العمل مثلا هو الحصول على ترخيص أوعلى " تصاريح" للاستيراد أو نحو ذلك . فيدخل الشريك بهذا العمل حصة له فى الشركة على أن يتقاضى من أرباحها نسبة معينة . وهنا قدتلتبس المقاولة بالشركة ، فإذا كان الشريك الذى دخل بالعمل حصة له يساهم فى أرباح الشركة وفى خسائرها، فالعقد شركة . أما إذا اشترط من يقدم العمل أن يأخذ من الشركة أجرا مقابل "تصاريح الاستيراد" التى حصل لها عليها مبلغا معينا ، أوحتى نسبة فى أرباح الشركة

---

(١) محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٨ .

دون أن يشـــارك فى الخسارة، فالعقد فى هذه الحالة لا يكون شركة بل يكون مقاولة ، التزم فيها المقاول بالحصول على تصاريح الاستيراد لمصلحة الشركة ، والتزمت الشريك أن تعطى المقاول أجرا على ذلك [١].

وعلى ذلك فإن ما يميز الشريك عن المقاول كون الشريك فى الشركة تـــتوافر لديه نية الاشتراك فى نشاط ينطوى على قدر من المخاطرة ، أما المقـــاول فليس لديه هذه النية ، إذ لا يريد أن يتحمل تبعة المخاطرة وهى الخســـارة ، بل هو يقدم عملا معينا ويتقاضى أجره على هذا العمل دون أن يساهم فى الأرباح أو الخسائر .

ووجود نية تكوين الشركة - وكون العقد شركة أو انعدام هذه النية- وكون العقد مقاولة مسألة واقع يستقل بتقديرها بتقريرها قاضى الموضوع [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " مـــن المقـــرر فى قضاء هذه المحكمة . أن تكييف العقود وإنـــزال حكم القانون عليها يخضع لرقابة محكمة النقض ، وأنه وإن كان لمحكمة الموضوع استخلاص نية المتعاقدين وما انعقد اتفاقهما عليه، إلا أن ذلـــك مشـــروط بأن يكون هذا الاستخلاص سائغا ولا يخالف الثابت بالأوراق ولا خروج فيه على المعنى الظاهر للعقد " .

(ب)- " عرفت المادة ٦٤٦ من القانون المدنى المقاولة بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد

---

(١) السنهورى ص ٣٩ .

(٢) السنهورى ص ٣٩ وما بعدها — قدرى الشهاوى ص ٤٣ .

به المتعاقد الآخر. وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه، ومن سائر أوراق الطعن أن المطعون ضده تعاقد مع الشركة الطاعنة على القيام بأعمال النجارة الخاصة بالتوسع فى مبنى إدارة الشركة بطنطا لقاء مبلغ .. وأن الطاعنة استصدرت ترخيصا باسمها لشراء الأخشاب اللازمة لأعمال النجارة المتعاقد عليها ، وسلمت المطعون ضده شيكا مسحوبا لصالح الشركة التجارية استلم بمقتضاه أخشابا قيمتها .. وقامت شركة الأخشاب بقيد باقى قيمة الشيك لحساب الشركة الطاعنة، فإن التكييف القانونى للتعاقد المبرم بين الطرفين أنه عقد مقاولة .

ولما كان الثابت أن المطعون ضده لم يقم بتنفيذ الأعمال التى التزم بها بموجب عقد المقاولة المشار إليه رغم استلامه الأخشاب اللازمة لتلك الأعمال ، وأن الطرفين اتفقا على فسخ العقد ، فإنه يترتب على هذا التفاسخ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها، وحق للشركة الطاعنة أن تسترد الأخشاب التى تسلمها المطعون ضده بسبب عقد المقاولة نفاذاله ، لما كان ذلك . وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر الصحيح فى القانون وكيف العلاقة بين الطرفين بأنها عقد قرض أقرضت الشركة الطاعنة بموجبه المطعون ضده ثمن الأخشاب التى نزلت له عن ملكيتها مقابل قيمة الشيك الذى حرره لصالحها بمبلغ ... رغم عدم وجود رصيد له، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد جانبه التوفيق فى إسباغ التكييف القانونى الصحيح على العقد المبرم بين الطرفين ، وخالف المعنى الظاهر للعقد فيما استخلصه من نية المتعاقدين وما انعقد اتفاقهما عليه" .

(طعن رقم ٤٩٧ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١٠)

١٠- المقاولة والوديعة :

راجع المجلد الثانى بند (٤/ د) .

١١- تنوع الأعمال التى تكون محلا للمقاولة :

رأينا أن المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا .

فالمقاول إذن يتعهد بصنع شئ أو بأداء عمل، ولما كان صنع الشئ هو أيضا عمل يؤديه الصانع . فالمقاول يتعهد دائما بتأدية عمل.

والعمل الذى يؤديه المقاول يختلف من مقاولة إلى أخرى اختلافا بينا. ويتنوع تنوعا كبيرا . ويمكن تقسيم الأعمال التى يؤديها المقاول من نواح مختلفة : من ناحية طبيعة العمل . ومن ناحية حجمه ومن ناحية نوعه[1].

فمن ناحية طبيعة العمل ، قد يكون العمل غير متصل بشئ معين بل هو مجرد عمل ، كنقل الأشخاص والطبع والنشر والإعلان والعلاج والمرافعة والتدريس والمحاسبة ونحو ذلك.

وقد يكون العمل ماديا كنقل الأشخاص والطبع والنشر. أو فنيا كالرسم والنحت والنقش والتصوير والتمثيل ، أوعلميا كالمرافعة والعلاج والمحاسبة ، أو أدبيا كالتأليف والمحاضرة والتدريس.

وقد يكون العمل متصلا بشئ معين . وهذا الشئ إما أن يكون غير موجود وقت العقد فيصنعه المقاول بمادة من عنده أومن عند رب العمل . فالنجاريصنع الأثاث بخشبمن عنده أومنعند رب العمل والحائك يخيط الثوب بقماش من عنده أو من عند العميل ، والبناء يقيم البناء بمواد من

---

(١) السنهورى ص ٤٠ وما بعدها .

عـــنده أو من عند رب العمل. وإما أن يكون الشئ موجودا وقت العقد ويرد العقد عليه ليقوم المقاول بعمل ، كبناء يرممه أو يدخل فيه تعديلا أو يهدمه ، وكحائط يدهنه ، وكأثاث يجدده ، وكسيارة يصلحها .

ومـــن ناحـــية حجم العمل ، تتدرج المقاولات من صغيرة إلى كبيرة ومثل المقاولات الصغيرة فى الأمثلة السابقة عمل النجار والحائك والسباك والحـــداد يضـــاف إلـــيها أعمال المهن الحرة أيضا، التى تكون غالبا من المقاولات الصغيرة وتندرج مع ذلك فى أهميتها . ومثال المقاولات الكبيرة تشـــييد المـــبانى والمنشآت الثابتة الأخرى والمشروعات الكبيرة كالجسور والســـدود والخـــزانات والترع والمصارف والطيارات والسفن والأسلحة المدنية والذخائر، وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا فى هذا المعنى فكانت المادة ٨٦٥ من هذا المشروع تجرى على أن : " ١- يرد العقد إما على مقاولات صغيرة أو على مقاولات كبيرة ، أو على مقاولات تتعلق بالمرافق العامة .

٢- ويقصد بالمقاولات الكبيرة مقاولات يكون محلها تشييد مبان أو منشـــآت ثابتة أخرى أو ما شابه ذلك من مشروعات ضخمة تقوم على الأرض " ، وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لأنه مجرد تعداد " .

ومن ناحية نوع العمل ، هناك من المقاولات ما أصبح معروفا باسم خاص لانتشاره ، مثل مقاولات البناء وهىمن الانتشار بحيث إذا أطلقت كـــلمة " المقاولـــة " انصرفت إليها . وقد وضعت القواعد العامة لعقد المقاولة منظورا فيها بوجه خاص إلى مقاولات البناء . وإن كانت تنطبق على سائر المقاولات بالتفصيل الذى سنراه . وهناك التزام المرافق العامة،

وعقود النشر وعقد الإعلان ، وعقود المهن الحرة ، وعقد النظارة . وهذه المقاولات ينفرد كل منها بخصائص معينة تميزها عن غيرها [١].

١٢ـ التنظيم التشريعى لعقد المقاولة فى التقنين المدنى الجديد :

كان التقنين المدنى القديم يطلق على عقد المقاولة (إجارة أرباب الصنائع)، وينظمها هى وعقد العمل مع عقد الإيجار الذى أطلق عليه (إيجار الأشياء).

أما التقنين المدنى الجديد فقد أطلق على " إجارة أرباب الصنائع" عقد المقاولة ، وينظمها فى الفصل الأول من الباب الثالث فى (العقود الواردة على العمل) بالكتاب الثانى من التقنين فى(العقود المسماة) . وذلك فى المواد (٦٤٦ — ٦٦٧) ثم أعقبها بـ (التزام المرافق العامة) حيث نظمه فى المواد (٦٦٨-٦٧٣) .

وقد أوضحت ذلك تفصيلا المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، وقد جاء بها :

"إن مجرد التغيير الذى تم فى عنوان هذا الفصل، وإبدال اسمه القديم " إيجار أهل الصنائع " باسم جديد هو " عقد المقاولة " لكاف فى الدلالة على مدى التطور الذى لحق هذا العقد وتشعب نواحيه وتعدد أشكاله وصوره العملية فى الوقت الحاضر. فقد كان القصد قديما من وضع أحكام هذا الفصل هو تنظيم العلاقة القانونية بين مستصنع وصانع يعهد إليه بعمل ما، مع هذه الخاصية ، وهى أن مركز الصانع بالنسبة لمن يكلفه بالعمل يقرب كثيرا من مركز العامل بالنسبة للسيد أو لرب العمل، ولذلك سارت المؤلفات

---

(٢) السنهورى ص ٤١ وما بعدها .

القانونــية قديما على دراسة هذا العقد ملحقا بعقد العمل، فنرى بمجموعة دالــوز (بـند نمــرة ٥٩٨) تبدأ كلامهاعن المقاولة — فى الجزء الذى خصصـــته له من باب عقد العمل — " بـــهذه العبارة يتميز عقد المقاولة عـــن عقد العمل بأن السيد لا تكون له إدارة العمل، ولا تربطه بالصانع علاقة تبعية " ولهذا أيضا نجد التقنين المصرى ، أهلى ومختلط ، يتكلم عن عقـــد الاستصنــــاع وعقد العمل فى باب واحد " إيجار الأشخاص وأهل الصنائع" على أن هذه النظرية أصبحت لا تتمشى مع مقتضيات الحاجات الحاضــرة ، فقد تعددت أشكال المقاولة وصورها فى العمل ، ووجب أن يكـــون التنظيم القانونى لهذا العقد من المرونة بحيث ينسجم مع الحالات المختـــلفة. نعم . لقد حاول التقنين الحالى ذلك فى المواد ٤٠٧ — ٤١٠ / ٤٩٧ — ٥٠١ ولكن المحاولة لم تكن كافية ،وكان من الواجب أن يعرض المشروع علاوة على الأحكام العامة ، لبعض الصور الخاصة للمقاولة، إذ كيف يمكن القول مثلا بأن العلاقة تربط الشخص برسام يعهد إليه بعمل لوحة ما ، هى بعينها التى تربطه بمقاول يكلفه ببناء منــــزل .

ويمتاز المشروع فى تنظيمه لهذا العقد بأنه يراعى الاعتبارات السابقة ، فهـــو بعد أن يعرف عقد المقاولة ويذكر صوره المختلفة مبينا أنه قد يرد عـــلى مقـــاولات صغيرة أوعلى مقاولات كبيرة أو على مقاولات تتعلق بالمرافق العامة، يعرض للقواعد العامة التى تنطبق على كل أنواع المقاولات، ثم يتكلم أخيرا ، عن بعض القواعد الخاصة بأنواع معينة من المقاولات .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٤ وما بعدها .

على أنه يجب أن يلاحظ مبدئيا أن هذا التقسيم تقريبى لا محالة ، لأن الانتقال من المقاولة الصغيرة - وهى الصورة التقليدية لعقد الاستصناع - إلى المقاولة الكبيرة إنما يتم بالتدريج .

كذلك يلاحظ أنه لم يكن ممكنا أن يوضع إلى جانب الأحكام العامة تنظيم خاص لكل الأشكال العملية لعقد المقاولة، ولذلك اكتفى المشروع ببعض صوره الجارية ، تاركا للقاضى أمر تطبيقها وضبطها على الحالات الخاصة.

وقد عنى المشروع فيما اعتبره من القواعد العامة ببيان التزامات كل من المقاول ورب العمل وأسباب انتهاء المقاولة ، فاستبقى فيها معظم أحكام التقنين الحالى وأضاف إليها أحكاما جديدة، وفى القواعد الخاصة عنى ببعض أنواع المقاولات، ولاسيما مقاولات المبانى ، فأورد بشأنها ما تضمنه التقنين الحالى من مسئولية المهندس المعمارى والمقاول بالتضامن عن خلل البناء فى مدة عشر سنين ، ووضع أحكاما منظمة لهذه المسئولية من حيث شروطها وتوزيعها بين المسئولين، وارتفاعها بالقوة القاهرة ، وجواز الاتفاق على الإعفاء منها ، وسقوطها بالتقادم"[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٥ وما بعدها .

موضوع رقم (٢)

(أركان عقد المقاولة)

١٣ـ تعداد :

عقد المقاولة عقد كسائر العقود ، له أركان ثلاثة هى :

١- التراضى .

٢- المحل .

٣- السبب .

ونعرض لهذه الأركان بإيجاز على التوالى .

(أولاً)

(التراضى فى عقد المقاولة)

١٤ـ توافق الإيجاب والقبول :

عقد المقاولة من العقود الرضائية،فيكفى لانعقاده التراضى بين الطرفين، فلا يشترط لانعقاده شكلا معينا .

ويكون التراضى بتطابق الإيجاب والقبول على عناصر العقد بين المقاول ورب العمل .

فيجب أن يتفق الإيجاب والقبول على ماهية العقد ، فإذا تعهد شخص بأن يقوم بعمل لآخر و لم يعرض للأجر ولكنه أراد بتعهده أن يبرم عقد مقاولة فيتقاضى أجرا ، وكان الآخر يعتقد أن الأول يقوم بالعمل دون الأجر ، لم يكن هناك عقد بين الطرفين ، لا عقد غير مسمى كما كان يعتقد المتعاقد الآخر، ولاعقد مقاولة كما كان يعتقد المتعاقد الأول[1].

---

(١) السنهورى ص ٤٨ وما بعدها .

كذلك إذ قصد أحد المتعاقدين أن يقوم بالعمل مستقلا عن أى إشراف أو توجيه، فى حين قصد المتعاقد الآخر أن يكون له الإشراف والتوجيه على عمل الأول، فإن المقاولة لا تنعقد . ويجب التراضى على العمل المطلوب القيام به، فإذا أراد شخص بناء منزل ، وأراد الآخر القيام بعمل آخر كإصلاح منزل قائم فعلا ، فلا تنعقد المقاولة لعدم التراضى على العمل المقصود منها .

ويجب أن يكون العمل المكلف به المقاول معينا فى العقد تعيينا كافيا ، أو على الأقل قابلا للتعيين . وتعيين العمل يكون بتعيين طبيعته . إقامة بناء أو إصلاح شئ ، أو مراجعة حسابات .

فإذا كان العمل إقامة بناء فإنه تبين أوصاف هذا البناء، بأنه مثلا منزل مكون من طابقين ومساحته كذا مترا مربعا ، وأن المواد الواجب استخدامها فى بنائه هى كذا وكذا وإذا كان العمل المطلوب إصلاحا فيجب بيان الشئ الواجب إصلاحه هل هو سيارة أم آلة حرث أم مذياع. كذلك يجب بيان وجه الإصلاح المطلوب ، فإن لم يتحدد ذلك ، كان على المقاول أن يقوم بكل الإصلاحات اللازمة وإذا كان العمل المطلوب هو مراجعة حسابات ، فيجب بيان المنشأة المطلوب مراجعة حساباتها، والمدة التى تتم المراجعة عنها [١].

ويجب التراضى على الأجر الذى يدفعه رب العمل إلى المقاول، وهذا يلزمه من ناحية أن تتجه إرادة المقاول إلى تقاضى أجرا فى مقابل العمل

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٦٠ .

الــذى يقــوم به، وأن تتجه إرادة رب العمل إلى دفع ذلك الأجر. فإذا اتجهــت إرادة الطــرفين إلى أن يــتم العمل مجانا بلا مقابل ، فإن العقد لايكون مقاولة، بل عقدا مجانيا غير مسمى ولكن لا يبطل عقد المقاولة إذا لم تعين فيه أجر المقاول ، كما هو الشأن فى الأجرة فى عقد الإيجار، ومن ثم إذا ســكت المتعاقدان عن تحديد الأجر وجب الرجوع فى تحديده إلى قــيمة العمل ونفقات المقاول وذلك عملا بالمادة ٦٥٩ مدنى التى تجرى على أن: " إذا لم يحدد الأجرسلفا وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول " .

فالتراضى على الأجر إذن لا يتطلب تعيينه فى العقد ، بل يكتفى بألا يختلف الطرفان وقت إبرام العقد بشأن تحديده ، فهذا الاختلاف هو الذى يمــنع من وجود التراضى عليه . أما إغفال الاتفاق على الأجر كلية ، فلا يمنع من انعقاد المقاولة .

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فى الفتوى رقم ١١٠١ فى ١٩٨٩/١١/١٦ جلسة ١٩٨٩/١١/١ بأن :

" حكم المادة ٦٤٦ من القانون المدنى التى تنص على أن " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" وكذلك المادة ٦٥٩ من ذات القانون التى تنص عــلى أنــه " إذا لم يحدد الأجر سلفا وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمــل ونفقــات المقاولة " والثابت أن عقد المقاولة هو عقد رضائى لا يشترط فيه شكل معين وينصب التراضى فيه على عنصرين اثنين : العمل

المطلوب تأديته أوالشئ المراد تصنيعه، والأجرالذى يلزم رب العمل وهذا الأجر يعد ركنا أساسيا لا ينعقد عقد المقاولة بدونه ويجب التميز فى هذا الشـــأن بين فرضين أولهما أن يعرض الطرفان للأجر ويعجزا عن الاتفاق على مقداره ففى هذه الحالة تكون المقاولة باطلة لانعدام أحد أركانــــها وثانـــيهما لايتفق الطرفان على تحديد مقداره رغم اتفاقهما على موضوع المقاولة فيتم تحديد الأجر فى هذه الحالة وفقا لحكم المادة ٦٥٩ من القانون المدنى، وذلك على أساس قيمة العمل ونفقات المقاولة .. ولما كان المسلم بـــه وفقا لأحكام القانون المدنى أن عقد المقاولة شأنه شأن سائر العقود الرضائية الأخرى ينعقد بإيجاب وقبول متطابقين وأنه يعتبر قبولا فى مقام إبـــرام هذا العقد قيام المقاول بتنفيذ الأعمال المطلوبة منه وإذ كان الثابت أن إصلاح الطلمبتين المشار إليهما فى الحالة المعروضة قد تم بناء على طلب الوحـــدة المحلية لمدينة كفر الزيات وأن الأوراق قد جاءت خالية مما يفيد انصـــراف إرادة هيئة الصرف الصحى إلى القيام بعملية الإصلاح المطلوبة مـــنها مجانـــا ومن ثم فإنه يتعين على الوحدة المذكورة أن تؤدى إلى هيئة الصرف الصحى قيمة إصلاح الطلمبتين المشار إليهما " .

والتعـــبير عـــن التراضى ، كما يكون صريحا يصح أن يكون ضمنيا، ولكن ليس معنى ذلك أنه يفترض بل يجب أن يكون موجودا ، وعلى من يدعيه عبء إثباته .

فإذا وضع مهندس تصميما لفيلا معتقدا أن صديقا له سيروقه التصميم وسيؤدى إليه أتعابه ، فرفض صديقه أداء أتعاب إلى المهندس، فإنه لا يجوز إجباره على ذلك لعدم وجود تعاقد سابق بينه وبين المهندس.

فــإذا حدث وقام الصديق بتنفيذ هذا التصميم ، لم يكن أمام المهندس سوى الرجوع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"جرى قضاء محكمة النقض على أنه متى كانت الجمعية (جمعية المساكن) لم تعلن وقت إبرام العقد أنــها تعاقدت —مع المقاول-نيابة عن أعضائها، وكـــان لايوجد في نصوص العقد ما يمكن أن يفيد وجود نيابة صريحة أو ضــمنية فإن أثر العقد ينصرف إلى الجمعية وليس إلى أعضائها ومــن ثم تكون الجمعية وحدها هى صاحبة الحق فى مطالبة المقاول بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد ، وبالتالي لا يجوز قبول دعوى عضو الجمعية بطلب ذلك إلا إذا أثبت أن حق الجمعية قد انتقل إليه بما ينتقل به الحق قانونا" .

(طعن رقم ٥٣٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٤/٢٩)

ولــئن كان الأصل فى العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدين بتعديل العقد دون رضاء المتعاقد الآخر، إلا أنه ليس ثمة ما يمنــع مــن الاتفاق بينهما على تعديل العقد، وكما قد يتم ذلك بإيجاب وقبول صريحين يصح أن يكون ضمنيا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مـــن المقـــرر – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أنه وإن كان الأصـــل فى العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدين بـــتعديل العقـــد دون رضاء المتعاقد الآخر ، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفـــاق بيـــنهما على تعديل العقد ، وكما قد يتم ذلك بإيجاب وقبول صريحين يصح أن يكون ضمنيا ، وأن على محكمة الموضوع إن هى قالت بـــأن الـــتعديل الضمنى لم يتم أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشـــفاً عـــن إرادتى طرفى العقد فى هذا الصدد وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة ، وأن عليها أن تستظهر مدلول المحررات المتنازع عليها مما تضمنته عباراتـــها على ضوء الظروف التى أحاطت بتحريرها وما يكون قد تقدمها من اتفاقات عن موضوع التعاقد ذاته إذ ذلك هو تحصيل فهم الواقع . لما كان ذلك وكان البين بالأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بالاتفاق على تعديل الأسعار التى تضمنها عقد المقاولة واستدل عـــلى ذلـــك بما تضمنته المستندات المنوه عنها بوجه النعى وكان الحكم المطعون فيه قد رفض هذا الدفاع على ما أورده فى مدوناته" أن الخطاب الذى يشير إليه المستأنف – الطاعن- لم يرد به ذكر على الإطلاق لموضوع تعديل الأسعار أو الإشارة إلى ذلك المعنى ، وإنما انصب على طلب سرعة الانـــتهاء مـــن إنشاء الدور السادس والسابع وتحديد للمبالغ التى تسلمها المســـتأنف وما تبقى بحسب الحساب ..." وكان هذا الذى أورده الحكم يـــدل عـــلى أن المحكمة استلزمت لتعديل الأسعار المتفق عليها فى عقد المقاولة أن يتم ذلك بإيجاب وقبول صريحين رغم أنه يصح إذا كان ضمنيا،

وأنهـا لم تسـتظهر مـدلول إيصالى السداد المؤرخـين ١٩٨١/١/٨ ، ١٩٨٣/٣/١٤ ممـا تضمنته عبارات الإيصال الأول من أن الطاعن تسلم مـبلغ أربعة وتسعين ألف جنيه والباقى له مائة وثمانية وثلاثين ألف جنيه فـتكون جملة أجر المقاولة مبلغ مائتين واثنين وثلاثين ألف جنيه ، بينما تضمن الخطاب الثانى – بعد استئناف العمل الذى كان قد توقف كطلب المطعـون ضده الأول – أن الطاعن تسلم مبلغ خمسة آلاف جنيه ليكون جملة ما قبضه مبلغ مائتين واثنين وثلاثين ألف جنيه ويكون الباقى خمسة وعشـرين ألف جنيه وهو ما يزيد عن أجر المقاولة وفقاً للأسعار الواردة بالعقد بما ينبئ عن تعديل تلك الأسعار بعد توقف العمل بالمبنى، كما لم تستظهر المحكمة ما تضمنه الخطاب الأول الصادرمن المطعون ضده الأول- والـذى يقرر الطاعن أن تاريخه ١٩٨١/١/٢٢ – من طلبه وقف العمل حـتى الـدور الخامس فقط وأن أجر المقاولة عن ذلك مبلغ مائة وسبعة وثمـانين ألف جنيه تسلم منها الطاعن مبلغ مائة واثنين وستين ألف جنيه يضـاف إليها قيمة القرض الذى يسعى لإنـهاء إجراءاته ومقداره خمسة وعشـرين ألف جنيه ، وما تضمنه الخطاب الثانى- الذى قرر الطاعن أن تاريخـه ١٩٨٤/٣/٢٠ – من إعادة سرد بيانات الحساب السابق وطلب المطعـون ضـده الأول الانتهاءمن إقامة الدورين السادس والسابع وأنه سيحاول سداد دفعة أخرى ليصبح المدفوع مائتى ألف جنيه ويكون الباقى المسـتحق للطاعن مبلغ خمسين ألف جنيه وهو ما يزيد عن أجر المقاولة المـتفق عليه وفقاً للعقد والمحدد فى إيصالات السداد المقدمة من المطعون

ضـــدهم ، كما لم يعرض الحكم لدفاع الطاعن بأن المطعون ضده الأول سـلمه شيكاً بمبلغ ثلاثة وثمانين ألف جنيه قبل تنازله عن دعوى الحساب الـتى أقامها على المطعون ضدهم وبعد تصفية الحساب بين الطرفين، و لم تستجب المحكمة لطلب الطاعن إعادة المهمة إلى الخبير لتحقيق هذا الدفاع رغم أنه دفاع جوهرى يترتب عليه- إذا ما حقق – تغيير وجع الرأى فى الدعوى فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه وشابه قصور فى التسبيب وإخلال بحق الدفاع " .

(طعن رقم ٨١٠١ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٢/١٣)

١٥ـ وثائق مقاولات المبانى :

وإن كان الأصل أن يتم الاتفاق على شروط عقد المقاولة بالعقد الذى يبرم بين المقاول ورب العمل ، إلا أن العمل قد جرى فى مقاولات المبانى عـلى وجـود عدة وثائق يكمل بعضها البعض ، ويرجع إليها فى بيان شروط المقاولة .

وهذه الوثائق هى :

١- **العقد (LeMarché)**: وهو يتضمن الاتفاق الذى تم بين المقاول ورب العمل ، والمفروض فى كل عقد أن يحدد التزامات كل من الطرفين، العمل الذى يلتزم به المقاول والأجر الذى يلتزم به رب العمل. كما يمكن أن يحيل العقد فى بعض شروطه إلى الوثائق الأخرى .

كما يحتوى العقد على تعليمات عامة بالنسبة لطريقة وشروط التنفيذ: المـدة – الجـزاءات – الأقساط المؤقتة – التفتيش – التسوية النهائية- الاختصاص فى حالة النـزاع أو قبول الالتجاء إلى التحكيم .

٢- دفتر الشروط (cahierdes charges):

ويشتمل على شروط المقاولة بالتفصيل ، وكيفية التنفيذ، والمواعيد التى تـــتم فـــيها الأعمال المختلفة ، وغير ذلك من الشروط التى وضعها رب العمل فى الدفتر ويوافق عليها المقاول بإبرامه عقد المقاولة .

٣- المقايسة (devis):

وتتضـــمن بيان مقاسات البناء المراد إقامته،وبيان مقدار المواد وصفاتها، وهـــذه هى المقايسة الوصفية (descriptif)، كما تتضمن فى العادة بيان ثمن هذه المواد كل نوع على حدة وهذه هى المقايسة التقديرية (estimatif)، ولكـــن قد يلحق بـــها أحيانا قائمة بالأثمان (Borde redu des prix) لتـــبين تطبيق الأثمان بالتفصيل ، وفى هذه الحالة لاتتضمن المقايسة سوى بـــيان شـــروط تنفيذ الأعمال ومقاســـاتها ، فى حين تحدد القائمة الأثمان الواجبة عن كل عملية أو عن كل توريد [١].

٤- التصميمات (Lesplans):

ويقصـــد بـــها الرسوم التى يضعها المعمارى ، سواء فى ذلك الرسوم المعماريـــة والرسوم الإنشائية ، ويدخل فى ذلك رسوم المشروع الابتدائى (avant projet) والرسوم النهائية التفصيلية .

وتستفاد موافقة رب العمل على هذه التصميمات من توقيعه عليها[٢].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٦١ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٦١ .

ودفتر الشروط والمقايسة والتصميمات تكون سابقة على التعاقد ، بل إنه على أساسها يقبل رب العمل التعاقد .

ورب العمل غير ملزم بقبول المقايسة والتصميم اللذين يقدمهما المهندس المعمارى ، كما أن تكليف رب العمل للمعمارى بإجرائهما لا يعد قبولا منه بإبرام عقد بينهما .

غير أن رب العمل يلتزم بأتعاب المعمارى عن التصميم الذى قام به ، لأن اتفاقه معه على وضع هذا التصميم هو ذاته عقد مقاولة يرد على التصميم ويمهد لعقد المقاولة الأصلى ، فإذا كان هناك اتفاق على أتعاب المعمارى عن التصميم التزم بها رب العمل، وإلا وجب تقدير الأجر وفقا للعرف الجارى . إذ تنص المادة ١/٦٦٠، ٢ مدنى على أن :

"١- يستحق المهندس المعمارى أجرا مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة وآخر عن إدارة الأعمال .

٢- فإن لم يحدد العقد هذه الأجور ، وجب تقديرها وفقا للعرف الجارى" [١].

غير أنه ليس من الضرورى أن توجد كل هذه الوثائق منفصلة بعضها عن البعض الآخر ، فقد يتضمن عقد المقاولة كافة شروط العقد تفصيلا مما يغنى عن إعداد باقى الوثائق .

وجميع الوثائق السابقة متممة لبعضها البعض [٢]، وتشكل فى مجموعها ما تراضى عليه الطرفان، بشأن البناء المطلوب ، ويلجأ إليها إذا تطلب

---

(١) السنهورى ص ٥٢ .

(٢) المهندس فتحى غيث قانون المهندس الطبعة الأولى نوفمبر ١٩٦٠ ص ٢٠٤- محمد لبيب شنب ص ٦٢ .

الأمر تفسير العقد ، ويجب التوفيق بين ما يبدو منها متعارضا ، فإذا تعذر ذلك تعين ترجيح ما ورد بدفتر الشروط إذا اختلف عما جاء بالمقايسة . وإذا وجد خلاف يتعلق بالثمن بين المقايسة وقائمة الأثمان وجب تغليب حكم القائمة . وإذا وجد خلاف بين الشروط المطبوعة والشروط المكتوبة بخط اليد وجب تفضيل الأخيرة . وإذا وجد خلاف بين الرسومات ، وجب تفضيل الرسومات ذات المقياس الكبير على الرسومات الأصغر مقاسا . وتفضيل الرسومات على المواصفات. وتفضل الأرقام المكتوبة على الرسومات [1].

---

(١) فتحي غيث ص ٥٥- **وقد قضت محكمة النقض بأن :**

" لما كان الخلف بين طرفى النزاع يدور حول تفسير الشروط الواردة فى البند الأول من قائمة الشروط الخاصة بعملية إنشاء البناء الملحق بالعقد بشأن تطبيق القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية على كيفية حساب غرامات التأخير عن التنفيذ ، وكان الثابت من عقد المقاولة المؤرخ... الذى يحكم موضوع النزاع النص فى البند التاسع منه على تحديد مدة خمسة عشر شهرا لتنفيذ عملية الإنشاء من تاريخ تسليم الموقع وفى حالة التأخير عن ذلك يلزم المقاول بدفع تعويض للمالك (الجمعية الطاعنة) محدد بصفة نهائية مبلغ ... جنيه عن كل يوم تأخير وفى حالة زيادة مدة التأخير عن ستين يوما يحق للجمعية بعد إنذاره اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه . فإنه يكون من الواضح الجلى انصراف نية الطرفين إلى إعمال هذا الشرط فى حالة التأخير فى التنفيذ دون الشرط الوارد فى قانون المناقصات والمزايدات بشأن التأخير فى التنفيذ، وأن النص فى البند الأول من قائمة الشروط=

١٦ـ التعاقد بطريق المسابقة (concours):

فى كل ما تقدم من صور عقد المقاولة كنا نفترض أن رب العمل قد تعاقد مع مقاول عن طريق " المساومة" أى " الاختيار الشخصى" ، بمعنى أنــه اخــتار مقاولا يثق فى كفائته ، وأمانته ، فعهد إليه فى تنفيذ العمل المطلوب.

ولكن كثيرا ما يعمد رب العمل إلى إبرام عقد المقاولة عن طريق إجراء مســابقة ، سواء كان العمل المطلوب عملا أدبيا أو فنيا أو عمل تمثال أو القيام ببحث علمى، وكثيراما يلجأ إلى المسابقة فى المقاولات والمشروعات الكبرى .

وهــذه المسابقة تعلن للكافة ولها إجراءات وشروط وأحكام خاصة، والذى يوضع فى المسابقة كالآتى :

١- إذا كان المطلوب هو وضع تصميم ، يدعو رب العمل عن طريق مــن طرق الإعلان كالصحف والإذاعة والتليفزيون ... إلخ كل من يريد الاشتراك فى المسابقة لوضع التصميم المطلوب .

=الخاصة بالعملية والملحق بالعقد على تطبيق هذا القانون على هذا العقد يحمل على باقى الشروط الواردة بالقانون والتى تتفق مع طبيعة العقد دون هذا الشرط وإلا لمــا كان هناك موجب لإفراده بنص خاص فى العقد على التفصيل الوارد به ولــترك الأمــر يحكمه قانون المناقصات والمزايدات المتفق على تطبيقه ومن ثم يكــون مــا انــتهى إليه الحكم المطعون فيه من عدم تطبيق قانون المناقصات والمزايدات على هذا الشرط صحيح لهذه الأسباب " .

(طعن رقم ١٢١٣ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٣٠)

٢- تعيين العمل موضوع المسابقة تعيينا كافيا ، وقد يحتاج الأمر إلى تفاصيل فنية أو حسابية عديدة فيضع كراسة أو دفترا بشروط المسابقة وتفاصيل العمل وكل ما يتعلق بذلك من بيانات .

وتعتبر هذه البيانات جزءا من المسابقة [١].

٣- غالبا ما تقترن هذه الدعوة بتأليف لجنة تحكيم تفحص المشروعات أو التصميمات المقدمة فى المسابقة لاختيار أفضلها .

٤- قد ينص فى الإعلان عن المسابقة أن رب العمل لا يلتزم بالتعاقد مع الفائز فى المسابقة، إلا أنه قد يعين جائزة للفائز فى المسابقة لمكافأته على جهوده فى وضع التصميم .

وقد يتحفظ رب العمل فيذكر فى إعلان المسابقة أنه غير ملزم بإبرام عقد مقاولة مع الفائز . فإذا لم يتحفظ رب العمل فى الإعلان بعدم التزامه بالتعاقد مع الفائز، كان ملزما بالتعاقد معه .

وتستفاد حرية رب العمل فى التعاقد أو عدم التعاقد بصفة خاصة من تخصيص جائزة للفائز، فذلك يفيد أنه ليس للفائز حق إلا فى هذه الجائزة[٢].

٥-يعتبر إعلان المسابقة دعوة إلى التعاقد ولايعتبر إيجابا من رب العمل، والإيجاب هو تقدم المتسابق إلى المسابقة ، وهو إيجاب معلق على شرط فوزه فيها . فإذا فاز كان هذا إيجابا باتا ، ووجب أن يتصل به قبول رب العمل، فلا تتم المقاولة إلا بهذا القبول.

---

(١) محمد عبد الرحيم عنبر ص ٦٦ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٧٥ — فتيحه قره ص ٨٥ وما بعدها .

ورب العمـــل ملـــزم بالقبول ، ولايجوزله أن يرفضه إلا إذا استند إلى أســباب مشروعة. وكان المشروع التمهيدى للقانون المدنى يتضمن نصا يقضى بــهذا الحكم صراحة ، إذ نصت المادة ١٣٦ منه على أن : "يجوز لمــن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه ، ما لم يكن قد دعا إليه ، فلا يجوز له فى هــذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلىأسباب مشروعة " ، إلا أن المادة حذفت فى لجنة المراجعة " لعدم ضرورتها " (١).

فرب العمل هــو الذى دعى الموجب إلى الاشتراك فى المسابقة ، فإن رفض أن يعهد بالعمل إلى الفائز التزم بتعويضه تعويضا كاملا عما أصابه من ضرر عن عدم التعاقد مع رب العمل ، فيتقاضى تعويضا عن الخسارة التى تحملها وعن الكسب الذى فاته .

ويجــوز أن يكون التعويض عينيا، فيعتبر القاضى أن العقد قد تم على سبيل التعويض إذا كان فى الظروف ما يوجب ذلك ، كأن كان فى عدم تنفيذ العمل إضرار بسمعة الفائز الأدبية أو الفنية أو العلمية (٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقــد تعمد المشروع إغفال تعيين الجزاء الذى يترتب على الرفض التعســفى، فمــثل هذا الرفض يرتب مسئولية لا شك فيها. فيجوز أن يقتصــر التعويض على مبلغ من المال ، إذا كان هذا الجزاء كافيا . ويجوز

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٢ ص ٤٥ وما بعدها .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٧٥ – السنهورى ص ٥٣٠.

للقاضى، فى بعض الفروض، أن يذهب إلى ما هو أبعد فيعتبر أن العقد قد تم، على سبيل التعويض ، إذا كان فى الظروف ما يوجب ذلك " [١].

١٧ـ طلب تقديم عطاءات :

يلجأ من يريد إنجاز عمل عظيم القيمة بواسطة أحد المقاولين ، إلى طلب تقديم عطاءات إليه **soumission** ، تحدد الأجر الذى يطلبه المقاول فى مقابل القيام بهذا العمل . ويتم تقديم هذه العطاءات إما فى مناقصة علنية **(adjudication auxenchéres publiques)** يتقدم فيها المتسابقون وترسو المناقصة على من يقدم علنا أقل عطاء مع إعطاء التأمينات الكافية. ويعتبر التقدم إلى المناقصة بعطاء إيجابا . وإرساء المناقصة على من قدم أقل عطاء يعتبر هو القبول ، فيتم عقد المقاولة برسو المناقصة (م ٩٩ مدنى) .

ومن وقت تقديم العطاء لايستطيع رب العمل أن يغير من شروط المناقصة ، كأن يعين مثلا حدا أقصى للأجر .

وقد يجد رب العمل من مصلحته أن يعين حدا أدنى للأجر حتى يضمن جدية العطاءات ، ولايستطيع أن يذيع هذا الحد الأدنى قبل تقديم العطاءات إذ لو أذاعه لفقد مفعوله وإما أن تكون المناقصة عن طريق خطابات مغلقة **(enveLoppes cachetés)** [٢]،ويحدد رب العمل يوما معينا تفتح فيه هذه المظاريف وترسو المناقصة على من قدم أقل عطاء ، مع تقديمه التأمينات الكافية طبقا لدفتر الشروط .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٥ الهامش .

(٢) السنهورى ص ٥٤ .

وقد تتضمن الشروط عدم التزام رب العمل بالتعاقد مع صاحب أقل عطـــاء أو مع صاحب أى عطاء يقدم للمسابقة ، وحينئذ لا يكون رب العمل ملزما بالتعاقد مع من رست عليه المناقصة أومع غيره من المتسابقين. أمـــا إذا لم يورد هذا التحفظ فإنه يضحى ملزما بإرساء المناقصة على من تقـــدم بأقل عطاء ، وهذا هو القبول . فإن لم يفعل التزام بتعويض الفائز تعويضـــا كـــاملا، كما جاز الحكم بإرساء المناقصة على هذا الفائز على سبيل التعويض العينى [1].

١٨ـ إلــزام وحــدات الجهــاز الإدارى للدولــة ووحــدات الإدارة المحلــية والهيئات العامة بالتعاقد على المقاولات بطريق المناقصة والممارسة :

تـــنص المادة الأولى من قانون إصدار القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات على أن: "يعمل بأحكام القانون المـــرافق فى شـــأن تنظيم المناقصات والمزايدات ، وتسرى أحكامه على وحـــدات الجهاز الإدارى للدولة وزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصـــة وعلى وحدات الإدارة المحلية، وعلى الهيئات العامة خدمية كانت أو اقتصادية " .

وقد وضع هذا القانون القيود الآتية على الجهات المذكورة عند التعاقد على المقاولات :

١- يكـــون الـــتعاقد على مقاولات الأعمال أو النقل أو على تلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية ، عن طريق مناقصات

---

(١) قدرى الشهاوى ص ٦٢ .

عامة أو ممارسات عامة . ويصدر باتباع أى من الطريقين قرار من السلطة المختصة رفقا للظروف وطبيعة التعاقد (م ١) .

والمقصود بالسلطة المختصة الوزير ومن له سلطاته أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة كل فى نطاق اختصاصه . وفيما عدا ما أجازت هذه الأحكام التفويض فيه ، لايجوز للسلطة المختصة التفويض فى أى من اختصاصاتها الواردة بتلك الأحكام إلا لشاغل الوظيفة الأدنى مباشرة دون سواه (م٢ من قانون الإصدار) .

٢- يجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة، التعاقد بإحدى الطرق الآتية :

(أ) المناقصة المحدودة .

(ب) المناقصة المحلية .

(ج) الممارسة المحدودة .

(د) الاتفاق المباشر .

ولايجوز فى أية حال تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة أو ممارسة محدودة.

وفى جميع الحالات يتم التعاقد فى الحدود ووفقا للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بالقانون ولائحته التنفيذية (م١) .

٣- يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة فى الحالات التى تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك فى المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم سواء فى مصر أو فى الخارج على أن تتوافر فى شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة (م٣) .

٤- يكون التعاقد بطريق المناقصة المحلية فيما لا تزيد قيمته على مائتى ألف جنيه . ويقصر الاشتراك فيها على الموردين والمقاولين المحليين الذى يقع نشاطهم فى نطاق المحافظة التى يتم بدائرتها تنفيذ العقد (م٤) .

٥- يكون التعاقد بطريق الممارسة المحدودة فى الحالات الآتية :

(أ) الأشياء التى لاتصنع أو تستورد أو توجد إلا لدى جهات أو أشخاص بذواتهم .

(ب) الأشياء التى تقتضى طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون اختيارها أو شراؤها من أماكن إنتاجها .

(ج) الأعمال الفنية التى تتطلب بحسب طبيعتها أن يقوم بها فنيون أو أخصائيون أو خبراء بذواتهم .

(د) التعاقدات التى تقتضى اعتبارات الأمن القومى أن تتم بطريق سرية (م٥) .

٦- يجوز فى الحالات العاجلة التى لا تحتمل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها، أن يتم التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بناء على ترخيص من :

(أ) رئيس الهيئة، أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته فى الجهات الأخرى، وذلك فيما لا تجاوز قيمته خمسين ألف جنيه بالنسبة لتلقى الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل ومائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال (م ٧/أ) .

(ب) الوزيـــر المختص ومن له سلطاته ، أو المحافظ فيما لا تجاوز قيمته مائة ألف جنيه بالنسبة لتلقى الخدمات والدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل وثلاثمائـــة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال (م٧/١-ب) .

ولرئيس مجلس الوزراء فى حالة الضرورة القصوى ، أن يأذن بالتعاقد بالطريق المباشر فيما يجاوز الحدود سالفة الذكر (م٧/٢) .

٧- يجـــوز لوزارتى الدفاع والإنتاج الحربى وأجهـــزتهما ، فى حالات الضـــرورة ، التعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة المحـــدودة أو الاتفـــاق المباشر مع إعمال أحكام القانون رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٥٧ بشـــأن إعفـــاء العقود الخاصة بالتسليح من الضرائب والرسوم والقواعد المالية والقوانين المعدلة له، وللسلطة المختصة التفويض فى أى من اختصاصاتها . كما يجوز لرئيس مجلس الوزراء ، فى حالات الضرورة أن يصـــرح لجهة بعينها لاعتبارات يقدرها ترتبط بطبيعة عمل ونشاط تلك الجهـــة — بالتعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر وفقا للشروط والقواعد التى يحددها (م٨) .

(ثانيا)
(المحل فى عقد المقاولة)

١٩- المحل فى عقد المقاولة مزدوج :

محل عقد المقاولة – كأى عقد آخر– هو الشئ الذى يقع عليه التعاقد وتظهر فيه أحكام العقد وآثاره ، أو هو الشئ الذى يلتزم المدين القيام به وهو يختلف باختلاف العقود .

والمحل فى عقد المقاولة مزدوج ، فالمحل بالنسبة لالتزامات المقاول العمل المتعاقد على تأديته . وبالنسبة لالتزامات رب العمل ، الأجر الذى اتفق على دفعه للمقاول .

ونعرض لعنصرى المحل تباعا فيما يلى :

(أ) العمل المتفق عليه فى المقاولة :

٢٠- تطبيق القواعد العامة :

لم يرد بالتقنين المدنى قواعد خاصة بالنسبة للعمل كركن فى عقد المقاولة ومن ثم فإنه يسرى عليه حكم القواعد العامة .

ويشترط طبقا للقواعد العامة أن يتوافر فى المحل شروط ثلاثة هى :

الشرط الأول: أن يكون ممكنا :

يشترط أن يكون محل عقد المقاولة أى العمل الذى يقوم به المقاول ممكنا لأنه لا التزام بمستحيل وعلى هذا نصت المادة ١٣٢ مدنى بقولها: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا " . والمقصود بالاستحالة هى الاستحالة المطلقة ، وهى أن يكون العمل مستحيلا فى ذاته ، لا أن يكون مستحيلا بالنسبة إلى المقاول فحسب فقد يلتزم المقاول

بعمل فني يكون مستحيلا عليه هو أو يلتزم بأمر يحتاج إلى قدرة فوق طاقته ، ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطبقونه ففى هذه الحالة تكون الاستحالة نسبية ولاتمنع من انعقاد المقاولة ، ويكون المقاول مسئولا عن التعويض أما إذا كانت الاستحالة مطلقة ، كأن يتعهد المقاول بعمل يكون قد تم قبل التعهد أوكما إذا تعهد كيماوى أن يستخلص من معادن خسيسة معادن ثمينة وهذا أمر مستحيل حتى اليوم من الناحية العلمية ، فقد شرط الإمكان فى العمل، وكانت المقاولة باطلة (١).

ولايشترط لنشوء الالتزام أن يكون محل المقاولة موجودا وقت إبرام العقد ، بل يكفى أن يكون من الممكن وجوده فى المستقبل أى فى الوقت المحدد لنشوء الحق عليه . وقد نصت المادة ١/١٣١ من التقنين المدنى على أنه : " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا " (٢).

الشرط الثانى : أن يكون معينا أو قابلا للتعيين :

الالتزام يوجب على المدين القيام بأداء عمل معين لمصلحة الدائن بحيث يجبره على ذلك إذا امتنع عن القيام به اختيارا، ومن ثم يجب أن يكون العمل المطلوب من المدين معينا أوقابلا للتعيين، حتى يمكن إجباره عليه عند الامتناع عن الأداء اختيارا .

ويكون العمل معينا بذكر طبيعته وأوصافه وأن يبين ذلك بصورة كافية . فإذا كان التعاقد على بناء ، كان تعيينه عادة بوضع تصميمات له

---

(١) السنهورى ص ٧٥ .

(٢) قدرى الشهاوى ص ٧٤ .

وهـــى الرسوم التى يضعها المهندس المعمارى من مشروع ابتدائى ورسوم نهائية تفصيلية. ويقترن بالتصميمات دفتر الشروط لبيان الأعمال المطلوبة وشـــروط تنفيذها . ويقترن بالتصميمات ودفتر الشروط المقايسة، وتبين مقاسات البناء ومقدار المواد وصفاتها وهذا ما يسمى بالمقايسة الوصفية ، وتـــبين كذلـــك ثمـــن المواد من كل نوع على حدة وهذه هى المقايسة التقديرية. ويغنى عن المقايسة التقديرية قائمة بالأثمان تبين الأثمان بالتفصيل.

وإذا كان محل العقد مع جراح إجراء عملية تعين ذكر نوع العملية، إذ تتكفل الأصول العلمية ببيان تفصيلاتها .

وإذا كـــان محـــل العقد إجراء ترميمات فى مبنى وجب تحديد هذه الترميمات تفصيلا، فإذا لم يذكر فى العقد تحديدا لها ، التزام المقاول بإجراء كافة الترميمات اللازمة للمبنى .

وإذا لم يكـــن العمل معينا ، فإنه يجب أن يكون قابلا للتعيين ، ومثال ذلك أن يكون محل المقاولة إقامة مدرسة ، فإنه يكفى الاتفاق على مكان البناء وعدد الفصول وسعة كل فصل وتحديد المرافق المطلوبة للمدرسة .

أما إذا لم يكن العمل معينا أو قابلا للتعيين ، كانت المقاولة باطلة .

الشرط الثالث : أن يكون مشروعا :

يشترط أن يكون العمل المعهود به إلى المقاول مشروعا ، أى لايكون مخالفـــا للقانون أو النظام العام أو الآداب ، وإلا كان العقد باطلا ومثل ذلك أن يكون محل العقد تشييد منزل للدعارة أو ألعاب القمار أو إدارته أو تهريب البضائع من الجمرك .

٢١- (ب)- الأجر فى المقاولة :

الأجـــر هو المال الذى يلتزم رب العمل بإعطائه المقاول فى مقابل قيام هذا الأخير بالعمل المعهود به إليه. فالأجر إذن هومحل التزام رب العمل. فيجب أن تتجه إرادة رب العمل إلى دفع هذا الأجر ، فإذا اتجهت إرادة الطرفين إلى أن يتم العمل مجانا فإن العقد لا يكون مقاولة بل عقدا مجانيا غير مسمى .

ويجب أن يكون الأجر مشروعا ، كالشأن فى محل التزام المقاول وهو العمل المتفق عليه .

كما يجب أن يكون معينا أو قابلا للتعيين ، ونعرض للأجر بالتفصيل الآتى.

٢٢- جنس الأجر :

الأصــــل أن يكون الأجر نقودا يدفعها رب العمل إلى المقاول . وقد يكـــون مقسطا أو يدفع جملة واحدة عند تمام العمل أو عند البدء فيه أو فيما بين ذلك .

ولكـــن يجـــوز أن يكون الأجر تقدمة أخرى غير النقود . فيجوز أن يكون نقل ملكية أشياء مثلية أخرى كحبوب أو أقطان أو نقل ملكية شئ قيمى كمنزل أو سيارة . وغير ذلك من المال المنقول أو العقار .

بل يصح أن يكون الأجر عبارة عن عمل يقوم به رب العمل لحساب المقـــاول، كمـــا لو التزم مقاول بترميم مبنى مقابل إجراء طبيب عملية جراحية له .

٢٣ـ تحديد الأجر :

الأصـــل أن المتعاقدين يتفقان على الأجر المستحق للمقاول ، وعندئذ يكون هذا الاتفاق ملزما لهما . فإذا لم يتفق الطرفان على الأجر، وجب أن يكـــون الأجر قابلا للتعيين بأن يتضمن العقد الأسس التى يقوم عليها تقرير الأجر فى المستقبل .

غـــير أن عـــدم تحديد الأجر أوعدم وجود الأسس التى تكفل تحديده بـــالعقد ، لا يبطل عقد المقاولة . وإنما يكفى بألا يختلف الطرفان وقت إبـــرام العقـــد بشـــأن تحديده، فهذا الاختلاف هو الذى يمنع من وجود التراضـــى عليه ، أما إغفال الاتفاق على الأجر كلية ، فلا يمنع من انعقاد المقاولـــة وإذا أغفل المتعاقدان تحديد الأجر فإن القانون تكفل بتحديده إذ نصت المادة ٦٥٩ مدنى على أنه :

" إذا لم يحـــدد الأجرسلفا وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول " .

ونعـــرض فيمايلى لكيفية تحديد الأجر باتفاق المتعاقدين ، وسنعرض للتحديد القانونى للأجر فى آثار عقد المقاولة وبالتحديد فى التزامات رب العمل .

٢٤ـ كيفية تحديد المتعاقدين للأجر :

يحدد المتعاقدان أجر المقاول إما صراحة أوضمنا. فيحدد الأجر صراحة بتحديد مقداره إن كان من النقود أوكميته وأوصافه إذاكان شيئا آخر .

ويكون الاتفاق ضمنا ، كما فى المهن التى جرى العرف فيها على أن يترك لمن يؤدى العمل تعيين مقدار الأجر، كمهنة الطبيب ، وكما فى المهن

الــتى لا يكــون تنفيذ الأعمال فيها جسيما ، فيترك رب العمل للمقاول تحديد أجره بحسب أهمية العمل الذى قام به والزمن الذى قضاه . ويخضع الطرفان لما يقضى به العرف أو لمعاملتهما السابقة معا (١).

ويأخذ تحديد الأجر صورتين :

الصورة الأولى :

التحديد الجزافى Marché áforfait:

وذلـــك بتعيين الأجر إجمالا بحسب تقدير الطرفين للعمل دون تحديد أجر مستقل لكل عمل من الأعمال الواجبة، دون نقص أو زيادة ، بصرف النظر عن الوقت والجهد اللذين ينفقهما المقاول فى القيام بالعمل ، ودون اعتداد بما يطرأ من حوادث تجعل التنفيذ صعبا أو مرهقا أو أكثر كلفة(٢).

وهذه الطريقة مفيدة لرب العمل ، إذ يتقى بها كل مفاجأة . وقد يلجأ المقاول إلى هذه الطريقة ليشجع صاحب العمل على تنفيذ العمل، ويتحمل المقاول مسئولية الغلط فى التقدير . وخطر هذه الطريقة هى أن المقاول قد يســتعمل مــواد مــن صنف أقل أولا يتقن العمل . ويخشى هذا على الخصوص عند تحديد الثمن عقب مناقصة بين عدد من المقاولين (٣).

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٨١ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٦٥ .

(٣) محمد كامل مرسى ص ٤٨١ وما بعدها

الصورة الثانية :

تحديد الثمن بناء على مقايسة Machésurdevis :

فبدلا من تحديد ثمن إجمالى مقدما قد يقنع الطرفان بتقديرات لمختلف أجـــزاء العمـــل ، فيتقدم المقاول بهذه التقديرات مكتوبة ، ويسمى ذلك بالمقايسة. وتسمى الصفقة صفقة بالمقايسة. والثمن الإجمالى يتوقف تحديده على مجموع الأعمال التى تؤدى وفقا للمقايسة. وقد يتفق فى أثناء العمل عـــلى إجـــراء أعمال تكميلية ، فالأجر لا يمكن أن يعرف تماما إلا بعد التنفيذ [1].

ويجرى العمل على ذلك فى مقاولات المبانى فيتفق المتعاقدان على سعر معـــين لمتر البناء وسعرللنجارة وسعر للحدادة ... إلخ ، وعند تمام البناء تحسب الكميات التى نفذت بالبناء وتقدر قيمتها .

وعيـــب هـــذه الطريقة أنه لا يمكن التثبت من مقدار الأجرة إلا بعد الانتهاء من العمل الذى تعهد به المقاول .

(ثالثاً)

(السبب فى عقد المقاولة)

٢٤ مكررا ـ تطبيق القواعد العامة :

راجع المجلد الثانى بند (١٠) .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٨٢ .

موضوع رقم (٣)

شروط صحة عقد المقاولة

(الأهلية وعيوب الرضا)

أولاً : الأهلية فى عقد المقاولة

٢٥ـ أهلية رب العمل :

رب العمل يلتزم فى عقد المقاولة بدفع الأجر إلى المقاول ، فتكون المقاولة بالنسبة له من أعمال التصرف ، ومن ثم يجب أن يتوافر فى رب العمل أهلية التصرف، أى يجب أن يكون قد بلغ سن الرشد القانونى وهو ٢١ سنة ميلادية كاملة ، بشرط ألا يكون قد حكم باستمرار الولاية عليه .

فالقاصر أو المحجور عليه لسفه أو غفلة ، ولو كان مأذونا له فى الإدارة ليس أهلا لإبرام عقد المقاولة وإذ أبرم العقد كانت المقاولة قابلة للإبطال لمصلحته .

وللأب أن يبرم عقد الوكالة باسم القاصر بغير إذن المحكمة لأن المشرع أجاز له التصرف فى مال القاصر دون أن يحتم عليه الحصول على إذن من المحكمة إلا ما ورد بشأنه نص (م٤ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) .

أما الجد فلا يجوز له إبرام عقد المقاولة باسم القاصر إلا بإذن المحكمة (م١٥ من المرسوم بقانون المشار إليه) .

وللوصى والقيم أن يبرما عقد المقاولة باسم القاصر أو المحجور عليه بإذن المحكمة (م ٣٩، ٧٨ من المرسوم بقانون المشار إليه) .

ولكن إذا كان يقصد بالمقاولة حفظ أو ترميم شئ يملكه رب العمل ، فـإن المقاولة تعتبر من أعمال الإدارة بالنسبةله . ويكون من سلطة رب العمـل إبرامها ولو لم تكن له سوى أهلية الإدارة ، وبذلك يجوز للقاصر الذى بلغ الثمانية عشرة وللمحجور عليه لسفه أو غفلة وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها أهلية إبرام عقد المقاولة (المواد ١٥، ٥٦، ٥٧ من المرسوم بقـانون سـالف الذكر) ، ومثل ذلك العقد الذى يبرمه رب العمل مع المقاول لترميم منـزله ، والعقد الذى يبرمه مع نجار أو حائك لصنع الأثاث الضرورى لسكنه[1] أو لصنع ثوبه، ولايمنع من ذلك أن تكون الترميمات كبيرة مادامت لازمة لحفظ الشئ [2].

ويكون أيضا لنائب القاصر أو المحجور عليه إبرام هذا العقد دون إذن من المحكمة .

أما إذا كان العمل لا يعد من أعمال الإدارة، وإنما من أعمال التصرف فلا تثبت للقاصر المأذون بالإدارة ومن فى حكمه أهلية إبرام العقد، كصنع شئ جديد أو إقامة بناء جديد، أو إدخال تحسينات على شئ موجود من قبل .

٢٦- أهلية المقاول :

المقاول ولو اقتصر على تقديم عمله دون تقديم المواد المستخدمة فى هذا العمـل لا يقوم بعمل نافع نفعا محضا، بل بعمل دائر بين النفع والضرر،

---

(١) محمد عبد الرحيم عنبر ص ٧٠ .

(٢) السنهورى ص ٦٢ – محمد لبيب شنب ص ٨١ .

حقيقة إنه لا يقوم بعمل من أعمال التصرف، ولكن الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ليست قاصرة على أعمال التصرف، بل تشمل كل عمل يقوم به الشخص من شأنه أن يعرضه إلى الكسب أو الخسارة، وإلى المساءلة فى حالة الإضرار بالمتعاقد معه ، وهذا هو حكم عمل المقاول ولو لم يقدم المواد الأولية [١].

ومن ثم يجب فى الأصل أن تتوافر فى المقاول أهلية التصرف بأن يكون بالغا رشيدا. فإذا كان قاصرا أو محجورا عليه لسفه أو غفلة، ولو كان مأذوناً لـه فى الإدارة ، لم يجز له أن يبرم عقد مقاولة ، وإذا فعل كان العقد قابلا للإبطال لمصلحته .

أما إذا كان المقاول عديم الأهلية ، لم تكن له إرادة، ويقع تعاقده باطلا بطلانا مطلقا .

على أنه إذا كان المقاول صانعا صغيرا ، نجارا أو حدادا أو سباكا أو نحو ذلك ، فيمكن القول أنه يستطيع أن يكسب عيشه من صنعته حتى لو كان قاصرا، فيكون أهلا لإبرام عقود المقاولة المألوفة الداخلة فى صنعته.

ويقاس عقد المقاولة فى هذا على عقد العمل الذى ورد بشأنه نص صريح إذ تقضى المادة ٦٢ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأن : " للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى وفقا لأحكام القانون، وللمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذى شأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة " .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٨٠ وما بعدها .

والأجــر الذى يتقاضاه القاصر، يكون هو أهلا للتصرف فيه إذا بلغ السادســة عشرة تطبيقا للمادة ٦٣ من المرسوم بقانون سالف الذكر التى تنص على أن : " يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فــيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصــر حــدود والمــال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته. ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر فى التصرف فى ماله المذكــور ، وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية " . وحتى لو لم يبلغ القاصر السادسة عشرة ، فإنه يخصص له من أجره ما يلزم لأغراض نفقته ولــو كان الأجر كله ، فيكونله أهلية التصرف فيه تطبيقا لأحكام المادة ٦١ من المرسوم بقانون المشار إليه ، والتى تنص على أن : " للقاصر أهلية التصرف فيما يسلمله أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط " [١].

مــنع الحكومــة والمؤسســات العامة والشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥% من رأس المال من التعاقد على المقاولات مع مقاولى القطاع الخاص :

٢٧ـ النص القانونى :

المــادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم ١٢٠٣ لسنة ١٩٦١[٢] المعدل بالقرار رقم ١٠٤٩ لسنة ١٩٦٢:

(١) السنهورى ص ٦٣ هامش (٢) — فتيحه قره ص ٨٩ وما بعدها هامش(٣).

(٢) بقصر أعمال مقاولات الحكومة والمؤسسات العامة والشركات شبه الحكومية على الشركات التى تساهم فيها الحكومة والمؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن ٥٠% من رأسمالها .

" لايجوز إلا بقرار من رئيس الجمهورية للحكومة والمؤسسات العامة والشـــركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥% مـــن رأس المـــال ، أن تعهد بأعمال المقاولات والأشغال العامة إلا إلى الشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لاتقل عن ٥٠% من رأس مالها .

ولا يســـرى هـــذا الحظر بالنسبة للأعمال التى لا تزيـــد قيمتها على ١٠٠٠٠٠ جنيه[1] بشرط عدم تجزئة العمليات ، وعلى لا يزيد مجموع ما يعهـــد بـــه مـــن هذه العمليات إلى مقاول واحد فى السنة على ما قيمته ١٠٠٠٠٠ جنيه سواء عهد إليه بها من جهة واحدة أو أكثر من الجهات المذكورة فى الفقرة الأولى " (٢) .

٢٨ـ مضمون الحظر :

حظـــرت المادة على الحكومة والمؤسسات العامة [3] والشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥% من رأس المال، أن

---

(١) ، (٢) كانـــت القـــيمة ٣٠٠٠٠ جنـــيه ثم عدلت بالقرار رقم ١٠٤٩ لسنة ١٩٦٢ إلى ١٠٠٠٠٠ جنيه .

(٣) يلاحـــظ أن المادة الثامنة من القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٧٥المستبدلة بالقانون رقـــم ١١٢ لســـنة ١٩٧٦ قد نصت على أن : " تلغى المؤسسات العامة التى لاتمـــارس نشاطا بذاتها وذلك تدريجيا خلال مدة لا تجاوز ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون ، ويصدر الوزير المختص بالاتفاق مع وزير المالية القرارات اللازمـــة لتصفية أعمالها وتحديد الجهات التى تؤول إليها مالها من حقوق، وما عليها من التزامات .

ولوزيـــر المالية أن يحل إحدى الجهات الحكومية أو الهيئات العامة أو شركات القطاع العام محل المؤسسات الملغاة فى حق إيجار الأماكن التى تشغلها . =

تعهد بأعمال المقاولات والأشغال العامة إلا إلى الشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن ٥٠ % من رأسمالها.

غير أنه يجوز رفع هذا الحظر بقرار من رئيس الجمهورية .

فالمقصود بالحظر هم مقاولوا القطاع الخاص أفرادا أو شركات.

٢٩ - المقاولات التى تخضع للحظر :

يخضع للحظر الوارد بالمادة أعمال المقاولات والأشغال العامة التى تزيد قيمتها على مائة ألف جنيه بشرط عدم تجزئة العمليات، وعلى ألا يزيد مجموع ما يعهد به عن هذه العمليات إلى مقاول واحد فى السنة على ما قيمته مائة ألف جنيه ، سواء عهد بها من جهة واحد أو أكثر من الجهات المذكورة فى الفقرة الأولى من المادة .

فيشترط لسريان الحظر أن تزيد قيمة الأعمال على مائة ألف جنيه .

غير أن المشرع وضع قيدين فى ذلك :

=كما يكون لوزير المالية الحق فى بيع هذه الأماكن بالجدك للهيئات أو الشركات الخاضعة لقوانين استثمار المال العربى والأجنبى ... إلخ " .

ثم صدر القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ بإصدار قانون فى شأن هيئات القطاع العام وشركاته ونص فى المادة الثالثة من قانون إصداره على أنه : " لا يترتب على تطبيق أحكام هذا القانون الإخلال بما تضمنته القوانين أو قرارات رئيس الجمهورية من أنظمة خاصة لبعض هيئات أو مؤسسات أو شركات القطاع العام وتسرى أحكامه على هذه الجهات فيما لم يرد به نص خاص فى تلك القوانين أو القرارات" .

ونص فى المادة الخامسة على أن : " يلغى القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ بإصدار قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام والقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٧٥ ببعض الأحكام الخاصة بشركات القطاع العام" .

القيد الأول :

ألا تجزأ الأعمال إلى أجزاء لا تزيد قيمة كل جزء منها على مائة ألف جنيه ، بحيث تزيد فى مجموعها على مائة ألف جنيه، لأن هذه التجزئة إنما تنطوى على تحايل على المنع ، ولذلك تكون العبرة بمجموع قيمة المقاولة لا بقيمة كل جزء منها . فيقوم المنع .

القيد الثانى :

ألا يزيد مجموع ما يعهد به إلى المقاول من مقاولات فى السنة الواحدة على مائة ألف جنيه، سواء عهد إليه بها من جهة واحدة كالحكومة أو من أكثر من جهة كالحكومة ومؤسسة عامة وشركة مختلطة . فإذا دخل مقاول من القطاع الخاص مقاولا فى مقاولتين للحكومة ، أو فى مقاولة للحكومة ومقاولة لمؤسسة عامة ، أو فى مقاولتين لشركة مختلطة أو فى أكثر من مقاولتين لجهة أو أكثر من هذه الجهات ، بحيث يزيد مجموع قيم هذه المقاولات على مائة ألف جنيه قام المنع . وفى حساب مجموع هذه المقاولات تدخل كل مقاولة بداهة بجميع أجزائها إذا كانت قد جزئت. فإذا حصل مقاول القطاع الخاص على مقاولة من الحكومة مجزأة على جزئين كل جزء منها قيمته خمسين ألف جنيه فتكون قيمة المقاولة مائة ألف جنيه وحصل فى السنة نفسها على مقاولة من شركة مختلطة قيمتها عشرون ألف جنيه ، قام المنع لأن مجموع قيم هاتين المقاولتين يزيد على مائة ألف جنيه [(١)].

غير أن تكليف المقاول الخاص بعمل فى سنة لايمنع من تكليفه بعمل غيره فى سنة أخرى، ولو كان العمل الأول لم يتم بعد ، ولو كانت قيمة

---

(١) السنهورى ص ٦٦ — فتيحه قره ص ٩٢ .

العملـــين معـــا تزيد على مائة ألف جنيه ، فالمادة الأولى من قرار رئيس الجمهوريـــة ســـالفة الذكـــر تنص على ألا يزيد مجموع ما يعهد به من الأعمـــال إلى مقاول واحد فى السنة على هذه القيمة ، فالحظر إذن يرد عـــلى إبرام العقد، لا على تنفيذه ، بمعنى أنه يحظر على الهيئات الخاضعة لهـــذا القرار أن تبرم مع مقاول واحد فى السنة الواحدة ، مقاولات تزيد قيمـــتهاعـــلى مائة ألف جنيه ولكن لا يحظرعلى المقاول أن يقوم بتنفيذ أعمال تزيد قيمتهاعلى هذا المبلغ، إذا كان قد تعاقد عليها فى سنين مختلفة[1].

غير أن هذا الحظر يزول إذا صدر قرار من رئيس الجمهورية يعهد فيه بالمقاولات محل الحظر إلى إحدى شركات أو أفراد القطاع الخاص.

٣١ـ جزاء مخالفة الحظر:

الحظـــر الـــوارد بالمادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية سالفة الذكر لايـــتعلق بأهلية مقاولى القطاع الخاص ، بل هو منع من التعامل بموجب نـــص تشريعى كمنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها ومنع مريض مرض الموت من بيع ماله إلا فى حدود معينة [2]. وهذا المنع دعت إليه اعتبارات المصلحة العامة لما فى قصر المقاولات الكبيرة على شركات القطـــاع العام والحكومة من دعم لها وضمان لحسن تنفيذ تلك الأعمال التى تتعلق بمصالح الدولة ، ومن ثم يترتب على مخالفته بطلان عقد المقاولة

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٧٩ — السنهورى ص ٦٦ .

(٢) الســـنهورى ص ٦٤ هـــامش (١) — فتيحه قره ص ٩٠ هامش (١)- وقارن محمـــد لبيـــب شنب ص ٨٩ فيرى أن الحظر ينتقص من أهلية وجوب مقاولى القطـــاع الخـــاص ، ويجعلهم غير صالحين لاكتساب الحقوق عن طريق عقود المقاولة التى تتجاوز قيمتها مائة ألف جنيه .

بطلانـــا مطلقـــا وينصرف البطلان إلى المقاولة كلها إذا لم يمكن تجزئتها ويقتصـــر على العملية التى تجاوز النصاب المحدد فى حالة إمكان التجزئة .

فإذا عهد إلى مقاول القطاع الخاص بمقاولة قيمتها سبعون ألف جنيه ، ثم عهد فى السنة نفسها بمقاولة قيمتها خمسون ألف جنيه ، وكانت المقاولة الأخيرة غير قابلة للتجزئة ، فإنها تقع — دون المقاولة الأول- باطلة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مـــؤدى المـــادة الأولى مـــن قرار رئيس الجمهورية رقم ١٢٠٣ لسنة ١٩٦١ المعـــدل بالقـــرار رقم ١٠٤٩ لسنة ١٩٦٢ أن المشرع حظر فى المقـــاولات التى تطرحها الحكومة أو المؤسسات العامة أو الشركات التى تســـاهم فـــيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥% من رأس المال [illegible] مائة ألف [illegible] أو يكون المقاول فيها من [illegible] الشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن ٥٠% من رأسمالها وذلك حتى ولو جزئت المقاولة إلى عدة عمليات على ألا يزيد مجموع ما يعهد به فى مقاولات أو عمليات إلى مقاول واحد على مائـــة ألف جنيه فى السنة الواحدة سواء عهد إليه بها من جهة واحدة أو أكـــثر مـــن الجهات آنفة الذكر ما لم يرخص رئيس الجمهورية بها وكان هـــدف الشارع من ذلك تحقيق الصالح العام لها فى قصر هذه المقاولات الكـــبيرة على شركات القطاع العام والحكومة من دعم لها وضمان تنفيذ تلك الأعمال التى تتعلق بمصالح الدولة فإن مقتضى هذا الحظر الصريح- وهو حظر عام دعت إليه اعتبارات المصلحة العامة ترتيب البطلان المطلق- — وإن لم ينص عليه بلفظه- جزاء المخالفة بحيث يجوز لكل ذى مصلحة

التمسـك به بغض النظر على مدى علم الآخر فى عقد المقاولة بالمخالفة. وينصـرف الـبطلان إلى المقاولة كلها إذا لم يمكن تجزئتها ويقتصر على العمليـة التى تجاوز النصاب المحدد فى حالة إمكان التجزئة ، وإذ كان ما تقدم، وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنة وهى إحدى الشركات المملوكة للدولـة قد تعاقدت مع المطعون ضده الأول وهو من الأفراد فى غضون كل من عامى ١٩٧٤، ١٩٧٥ على أعمال مقاولة تزيد قيمتها على مائة ألف جنيه فى خلال السنة الواحدة دون الحصول على ترخيص بذلك من رئيس الجمهورية فإنه يحق للطاعنة التمسك بهذا البطلان " .

(طعن رقم ١٩٨٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٣/١٢)

كما قضت محكمة النقض بأنه لايجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بأحكام قرار رئيس الجمهورية سالف الذكر لأنه دفع يخالطه واقع.

إذ ذهبت إلى أن :

" لا يجـوز التمسـك لأول مـرة أمام محكمة النقض بقرار رئيس الجمهوريـة رقم ١٢٠٣ لسنة ١٩٦١ المعدل بالقرار رقم ١٠٤٩ لسنة ١٩٦٢ — والذى يقضى بحظر ما يعهد به من الأعمال إلى المقاول الواحد فى السنة بأكثر من مائة ألف جنيه — لأن هذا الدفاع يخالطه واقع، وهو تقديـر قيمة العمل المسند إلى المطعون ضده (المقاول) ، ولم يقدم الطاعن ما يدل على أن عناصره الواقعية كانت مطروحة على محكمة الموضوع ".

(طعن رقم ٢٧٢ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/١/٢٦)

ثانيا : عيوب الإرادة فى عقد المقاولة

٣١- تطبيق القواعد العامة :

عيوب الإرادة فى عقد المقاولة ، هى ذات عيوب الإرادة فى العقود الأخرى والمقررة فى القواعد العامة وهى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

غير أن أهم تطبيقات عيوب الإرادة فى عقد المقاولة الغلط فى عقد المقاولة، لا سيما الغلط فى شخص المقاول أو الغلط فى الحساب ، ونعرض لهاتين الصورتين فيما يلى :

٣٢- الغلط فى شخص المقاول :

الغلط فى شخص المقاول- كأصل عام – لا تأثير له فى صحة العقد .

غير أنه قد يكون له تأثير فى صحة العقد ، إذا كان شخص المقاول ملحوظا ومحل اعتبار لدى رب العمل . ويكون ذلك عادة فى عقود المهن الحرة كالتعاقد مع طبيب أو مهندس معمارى أو رسام ، إذ يكون لشخصية المتعاقد معه اعتبار فى التعاقد لدى رب العمل ، وقد يكون لشخص المقاول اعتبار فى غير هذه العقود كما فى الإنشاءات الكبرى، مثل التعاقد مع مهندس معمارى على إقامة قرية سياحية كاملة المرافق إذ يطمئن رب العمل إلى كفاءة وأمانة المهندس المتعاقد معه .

وقد أوردت بعض نصوص التقنين المدنى حالات تكون فيها شخصية المقاول محل اعتبار ومن أمثلة ذلك :

(أ)- ما ورد فى نص المادة ١/٦٦١ مدنى من أنه : " يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية " .

(ب)- ماتنص عليه المادة ٦٦٦ مدنى من أن : " ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد . فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه ولايجوز لرب العمل فسخه فى غير الحالات التى تطبق فيها المادة ٦٦٣ إلا إذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل " .

وبالترتيب على ذلك ، فإنه إذا كان شخص المقاول محل اعتبار فى العقد، فإن الغلط فيه يجعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة رب العمل. كأن يتعاقد مريض مع جراح متوهما أنه جراح معين، فظهر أنه غلط فى شخصه وأنه جراح آخر [١].

٣٣- الغلط فى الحساب وغلطات القلم :

الغلط فى الحساب وغلطات القلم لا يؤثر فى صحة العقد ، ولكن يجب تصحيح الغلط .

وفى هذا تنص المادة ١٢٣ مدنى على أنه : " لايؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا غلطات القلم ، لكن يجب تصحيح الخطأ " .

---

(١) السنهورى ص ٦٧ وما بعدها .

والمقصود بالغلط فى الحساب الغلط فى عمليات الجمع والطرح والقسمة سواء كان الغلط لمصلحة المقاول أو لمصلحة رب العمل .

أما غلطات القلم فيقصد بها الغلط فى نقل رقم من جدول إلى آخر أو من صفحة إلى أخرى[1] أما طلب إعادة عمل حساب المقاولة من جديد، بعد عمل المقاس والحساب النهائى واعتماد كل ذلك فلا يجوز .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - (أ)- " الخطأ فى ذات الأرقام المثبتة بحساب المقاولة **(erreur de calcul)** يجوز طلب تصحيحه متى كان هذا الغلط ظاهرا فى الأرقام الثابتة فى كشف الحساب المعتمد من قبل ، أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانونا . أما طلب إعادة عمل حساب تلك المقاولة من جديد، فإن القانون يأباه، لأن عمل المقاس والحساب النهائى عن المقاولة بعد إتمامها مادام عملا متفقا عليه فى أصل عقدها، فإن هذا الاتفاق متى نفذ بعمل المقاس والحساب فعلا، ووقع عليه بالاعتماد فقد انقضت مسئولية كل عاقد عنه وأصبح هو ونتيجته ملزما للطرفين. وعدم إمكان إعادة الحساب من جديد بعد عمله مرة أولى إذا كان لم يرد بشأنه نص خاص فى القوانين المصرية كما ورد النص عنه بالمادة ٥٤١ من قانون المرافعات

---

(١) قدرى الشهاوى ص ٥٦ هامش (١٣) — وراجع فى التفصيل المجلد الأول بند (١٧٨) .

الفرنسى ، إلا أنه أمر مفهوم بالضرورة من أصول القانون التى تمنع تقاضى الالتزام مرتين " .

٢- " دعـــوى الغلط المحسوس المبطل للمشارطة بحسب المادة ٥٣٥ لايجوز توجيهها ضد المقاس والحساب المعتمدين فى مقاولة من المقاولات مـــتى كانت فى حقيقتها ليست سوى دعوى لإعادة المقاس أو الحساب برمـــته من جديد . لكن دعوى وقوع هذا الغلط فى مقاس بعض أجزاء خاصـــة معيـــنةمن الأعمال الكلية التى قام بـــها المتعهد قد تقبل ويؤمر بتحقـــيقها ، غير أن هذا لايجوز إلا إذا كانت الظروف والدلائل تشهد بأنها دعوى جدية ، أما إذا رأت المحكمة أنـــها غير جدية بل هى منازعة اعتســـافية يراد بـــها الرجوع فيما تحقق وتم الاتفاق عليه ، فالمحكمة فى حل من عدم قبول تحقيقها " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٥ق جلسة ١٩٣٥/١١/٧)

٣٤- إثبات عقد المقاولة :

لم يضـــع الشارع قواعد خاصة لإثبات عقد المقاولة، ومن ثم يسرى عـــلى إثبات عقد المقاولة القواعد العامة فى الإثبات ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٠ من قانون الإثبات على أن: " فى غير المواد التجارية إذا كـــان التصـــرف القانونى تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك" . ويجوز الإثبات بشهادة الشهود

فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجود مبدأ ثبوت بالكتابة (م٦٢/١ من قانون الإثبات) .

وقـــد قضـــى بأن الخطاب الموجه إلى المجلس البلدى فى إحدى المدن بطلب إعطائه قطعة أرض لازمة لإعادة بناء عمارة مملوكة له ، يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إذا أشار إلى أنه كلف معماريا معينا بوضع التصميم اللازم للبـــناء، ويجيز لهذا المعمارى أن يثبت التعاقد معه بالشهادة والقرائن [1]. وكذلك توقيع رب العمل على الرسومات التى أعدها المعمارى يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يبيح للمهندس الالتجاء إلى الشهادة لإثبات أن رب العمل كلفه بعمل هذه الرسومات بناء على تعاقد بينهما .

ويجـــوز الإثـــبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة فى الحالتين الآتيتين :

١- إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى. ويعتبر مانعا أدبيا ما جرى به عرف بعض المهن، مثل مهنة الطب من عدم إثـــبات العقد بين المريض والطبيب بالكتابة، ومثل ذلك بعض المقاولات كحياكة الملابس والنجارة وكى الملابس والمفروشات ، فقد جرى العرف بعـــدم إثـــبات العلاقة بين رب العمل والمقاول بالكتابة ، فيجوز إثبات المقاولـــة فى هـــذه الصـــور وما شابهها بكافة طرق الإثبات ومنها البينة

---

(١) الجزائر فى ٢ نوفمبر ١٨٩٢ مشار إليه فى مؤلف محمد لبيب شنب ص ٨٣.

والقــرائن فــيجوز للطبيب مثلا أن يثبت العقد بينه وبين المريض بالبينة والقرائن وسجلات الطبيب ولو كانت غير منتظمة .

وتقوم القرابة مانعا أدبيا كالمهندس الذى يتعاقد مع أقربائه أو زوجته. أمـا قيام علاقة الصداقة بين أسرة المهندس والطرف الآخر فلا تعتبر مانعا أدبياً (١).

وتقديــر قيام المانع الأدبى من عدمه مما يخضع لتقدير قاضى الموضوع مستهديا بظروف الدعوى .

٢- إذا فقــد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لايد له فيه (م٦٣ من قانون الإثبات) .

ويثبت عقد المقاولة بما يقوم مقام الكتابة من إقرار ويمين ، والإقرار لا يــتجزأ طبقا القواعد العامة، فإذا أقر رب العمل بعقد المقاولة ، وذكر فى إقراره أنه دفع الأجر، فإنه لايصح أن يجزأ إقراره عليه ، وعلى المقاول أن يثبت أن الأجر لم يدفع .

غير أنه يلاحظ أن عدم قيام المقاول بتنفيذ الأعمال محل عقد الوكالة يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات القانونية ، ولو جاوزت قيمة هذه الأعمال خمسمائة جنيه، لأن محل الإثبات هنا واقعة مادية وليس تصرفا قانونيا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" عــدم قيام المقاول بتنفيذ البناء طبقا لما التزم به فى عقد المقاولة هو واقعة مادية يجوز إثباتــها بالبينة والقرائن ولا مخالفة فى ذلك لما هو ثابت فى العقد إذ لم ينص فيه على وفاء المقاول بالتزاماته الواردة فيه " .

(طعن رقم ٢٢٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١١/١٦)

---

(١) السنهورى ص ٥٥ وما بعدها — محمد لبيب شنب ص ٨٢ وما بعدها .

وسنرى أن المادة ١/٦٥٨ ، ٢مدنى أشارت إلى حالة لايجرز فيها الإثبات إلا بالكتابة إذ نصت على أن : " ١- إذا أبرم العقد بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة فى الأجر ولو حدث فى هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ من رب العمل أو أن يكون مأذونا به منه واتفق مع المقاول على أجره .

٢- ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصلى ذاته قد اتفق عليه مشافهة " .

أما إذا كان عقد المقاولة تجاريا بالنسبة للمدعى عليه فإنه يجوز — طبقا للقواعد العامة — إثبات العقد بكافة طرق الإثبات القانونية ولو جاوزت قيمته خمسمائة جنيه .

وقواعد الإثبات مما لا يتعلق بالنظام العام، ويجوز التنازل عنها صراحة أو ضمنا .

(راجع فى التفصيل المجلد الأول بند ٢٣٤) .

٣٥- متى يعتبر عقد المقاولة مدنيا ومتى يعتبر تجاريا ؟

(أ) بالنسبة لرب العمل :

عقد المقاولة بالنسبةلرب العمل يكون عادة مدنيا. إذ أن صاحب العمل يكون فى الغالب غير تاجر .

ومثال ذلك : أن يتعاقد شخص مع نجار لصنع أثاث لمنزله أو مع مقاول لبناء منزل أو مع حائك لصنع ثوب ، سواء كانت المواد مقدمة من رب العمل أو قام المقاول بتوريدها .

وكذلك إذا تعاقد مريض مع طبيب على علاجه .

وإذا كان رب العمل تاجرا ولكن المقاولة لا تتعلق بتجارته، فإن العقد يكـــون مدنيا بالنسبةله ، كما لو تعاقد التاجر مع مقاول على بناء فيلا لسكناه، أو مع نجار على صناعة أثاث لمسكنه، أو تعاقد مع طبيب لعلاجه.

أمـــا إذا كان تعاقد التاجر مع المقاول على عمل يتعلق بشئون تجارته، فـــإن المقاولة تكون عملا تجاريا بالتبعية ، كما إذا تعاقد التاجر مع نجار لصنع أثاث لاستعماله فى محله التجارى أو فى مصنعه أو تعاقد مع مقاول لإصلاح ماكينة بمصنعه أو على ترميم متجره أو مصنعه .

وعندئذ يكون الإثبات فى مواجهة التاجر بكافة طرق الإثبات القانونية، ولو جاوزت قيمة المقاولة خمسمائة جنيه .

(ب)- بالنسبة للمقاول :

عقد المقاولة بالنسبة للمقاول عقد مدنى طالما لم يكن عملا من أعمال التجارة .

وأعمال المهن الحرة تعتبر أعمالا مدنية لأنها تعتمد على الفكر وتقوم على الثقة الشخصية ، كعمل الطبيب والمهندس والرسام والنحات .

فـــإذا تعاقد المريض مع الطبيب على إجراء عملية جراحية له أو تعاقد رب العمـــل مـــع مهندس على وضع تصميم معين أو تعاقد مع رسام أو نحات على لوحة معينة أو تمثال معين ، كان العقد بالنسبة للمقاول مدنيا.

غـــير أن صاحب المهنة الحرة قد يقوم بأعمال تجارية كالمهندس الذى يضع التصميم والرسومات والمقايسة ويشرف على العمل ويقوم بأعمال

البنـاء فيورد المواد اللازمة للبناء والآلات ويقدم العمال ، ففى مثل هذه الحالة لا يتجزأ العقد ، ويعتبر تجاريا بالنسبة إلى المهندس [١].

وأيضا يكون عقد المقاولة تجاريا بالنسبة إلى المقاول إذا اعتبر عملا من أعمـال التجارة ، كالنجار أو الحائك الذين يعهد إليها بصنع أثاث أو حياكة ملابـس [٢]، وصاحب المطحن الذى يطحن الحبوب وصاحب المحلج الذى يحلج القطن أو صاحب مصنع السكر الذى يصنع السكر من

---

(١) السنهورى ص ٥٩ – قدرى الشهاوى ص ٦٧ .

(٢) ويلاحـظ أن أصـحاب الحرف كالنجار والسباك والنقاش والكوافير الذين يمارسون عملا يدويا ويجعلونه أساسا لنشاطهم ومصدرا لرزقهم يمارسون عملا مدنـيا لأن قوامـه الاعـتماد بصفة رئيسية على استغلال المواهب الشخصية والخبرات العملية والمهارات الفنية ولاينال من ذلك أن تقتضى مزاولة نشاطهم شـراء بعـض البضـائع لبيعها للعملاء أو تصنيع بعض المواد لتقديمها إليهم ، استكمالا لمطالب الحرفة ، مما يعتبر امتدادا لها وتابعا لها مما يجعله يأخذ حكمها. أما إذا استخدم الحرفى عمالا أو آلات بحيث يضارب على عمل هؤلاء العمال أو إنـتاج تلـك الآلات ، فإن عمله يكون تجاريا . وقد نصت المادة ١٦ من قـانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المعدل) على أن : " لاتسرى أحكام القانون التجارى على أرباب الحرف الصغيرة .
ويعـد مـن أرباب الحرف الصغيرة كل من يزاول حرفة ذات نفقات زهيدة للحصول على مقدار من الدخل يؤمن معاشه اليومى " .
(راجـع فى التفصيل وفى قضاء محكمة النقض مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شـرح قـانون التجارة الجديد المجلد الأول ص ٨٦ وما بعدها ، ص ٢٨٢ ومابعدها .

القصب أو البنجر ، وأصحاب دور السينما والمسارح وقاعات الموسيقى والرقص. فالعقود التى يبرمها هؤلاء تعتبر بالنسبة لهم تجارية . ويجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن ، ولو جاوزت قيمة العقد خمسمائة جنيه .

٣٦- الاختصاص المحلى والنوعى بشأن المنازعات الناشئة عن عقد المقاولة :

تحدد المادة ٥٦ مرافعات الاختصاص المحلى فى المنازعات المتعلقة بالمقاولات بمحكمة موطن المدعى عليه أو للمحكمة التى تم الاتفاق أو نفذ فى دائرتها متى كان فيها موطن المدعى إذ تجرى على أن : " فى المنازعات المتعلقة بالتوريدات والمقاولات وأجرة المساكن وأجور العمال والصناع والأجراء يكون الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه أو للمحكمة التى تم الاتفاق أو نفذ فى دائرتها متى كان فيها موطن المدعى علبه " . ويستوى أن يكون عقد المقاولة محل المنازعة مدنيا أو تجاريا .

أما بالنسبة للاختصاص النوعى ، فإذا كان النزاع يدخل فى الاختصاص النوعى أو القيمى للمحكمة الابتدائية ، فطبقا للمادة ٤٧ من قانون المرافعات تختص المحكمة الابتدائية بالدعاوى المدنية والتجارية، فليس فى نظام القضاء المصرى محكمة ابتدائية تختص بالفصل فى الدعاوى المدنية وأخرى تختص بالفصل فى الدعاوى التجارية ، ومن ثم فإن المحكمة الابتدائية تكون هى المختصة بالدعاوى التجارية ولكنها تطبق القانون المدنى فى المسائل المدنية والقانون التجارى فى المسائل المتعلقة بالعمل التجارى. ولايقدح فى ذلك تخصيص دائرة أو أكثر بالمحكمة الابتدائية

لـــنظر الدعاوى التجارية ، لأن ذلك مما يدخل فى نطاق التنظيم الداخلى للمحكمة مما تختص به الجمعية العمومية بها، ولايتعلق بالاختصاص النوعى الذى تتولى قواعده توزيع العمل فيما بين طبقات المحاكم [١].

وإذا كـــان النزاع يدخل فى الاختصاص القيمى للمحكمة الجزئية — عـــندما يثبت الاختصاص المحلى لغير محاكم القاهرة والاسكندرية- فإنه تخـــتص بـــنظره المحكمة الجزئية عملا بالمادة ٤٢ مرافعات التى تنص على اختصـــاص المواد الجزئية بالدعاوى المدنية والتجارية التى لاتجاوز قيمتها عشرة آلاف جنيه .

أما إذا كان الـــنزاع يدخل فى نطاق الاختصاص المحلى لمحاكم القاهرة أو الاسكندرية ، فالأمر يحتاج إلى تفصيل. ذلك أنهصدر قرار وزير العدل بتاريخ ١٠ يناير سنة ١٩٤٠ بإنشاء محكمة تجارية جزئية بالقاهرة وأخرى بالاسكندرية . وقد جرى الفقه والقضاء على أنه إذا كان العمل بالنسبة للمدعى مدنيا وبالنسبة للمدعى عليه تجاريا ، جاز للمدعى أن يقم دعواه أمـــام المحكمـــة التجارية وهى مختصة باعتبارها محكمة المدعى عليه ، أو رفعهـــا أمام المحكمة المدنية لأنه يكون فى الغالب غريبا عن البيئة التجارية ومحاكمها .

---

(١) نقض طعن رقم ٢٨٩ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/١٢/١٣- ٥٦٧ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/١/٥ — ٣٥ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٧/٣/١٧- ١٩١٦ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٩/٥/١٤ — ١٩٣٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/٤/٩ .

أمـــا إذا كان العمل بالنسبة للمدعى تجاريا فليس له أن يرفع الدعوى عـــلى خصـــمه الـــذى يكون العمل بالنظر إليه مدنيا ، إلا أمام المحكمة المدنية[1].

(١) الدكتور محسن شفيق الوسيط فى القانون التجارى المصرى الجزء الأول الطبعة الثالـــثة ١٩٥٧ ص ١٠٣ ومـــا بعدهـــا – الدكتور ثروت عبد الرحيم شرح القـــانون التجارى المصرى الجديد- الجزء الأول الطبعة الثالثة ٢٠٠٠ ص ٣٠ وما بعدها – ويذهب الدكتور ثروت عبد الرحيم إلى أنه رغم أن القاعدة من الـــنظام العـــام فقد أجازت محكمة النقض الفرنسية الشرط الذى بموجبه يتفق الطرفان على أن تختص المحكمة التجارية بنظر الدعوى التى ترفع على من يكون العمـــل بالنســـبة له مدنيا (نقض مدنى فرنسى فى ٨ مايو سنة ١٩٠٧، نقض فرنســـى تجارى فى ٢٠ يوليو سنة ١٩٦٥) . راجع أيضا مؤلفنا موسوعة الفقه والقضـــاء فى شرح قانون التجارة الجديد المجلد الأول ٢٠٠٢/٢٠٠٣ ص ٦٤ وما بعدها .

(آثار عقد المقاولة)

موضوع رقم (٤)

(التزامات المقاول)

٣٧- تعداد :

يقع على عاتق المقاول فى عقد المقاولة التزامات ثلاثة هى :

١- تنفيذ العمل الموكول إليه بموجب العقد .

٢- تسليم العمل إلى رب العمل .

٣- ضمان العمل بعد تسليمه .

ونعرض لهذه الالتزامات بالتفصيل علىالتوالى .

(الالتزام الأول)

(تنفيذ العمل الموكول إلى المقاول بمقتضى العقد)

٣٨- كيفية تنفيذ العمل :

الالتزام الرئيس الذى يترتب فى ذمة المقاول، هو تنفيذ العمل الموكول إليه بمقتضى العقد .

فيجب على المقاول تنفيذ العمل بالكيفية المتفق عليها فى عقد المقاولة، وطبقا للشروط الواردة فى هذا العقد، وبخاصة طبقا لدفتر الشروط فى مقاولات البناء إذا وجد هذا الدفتر وإذا كان هناك عطاء عن توريد أصناف معنية وجب أن تكون تلك الأصناف حسب عينات جهة الإدارة النموذجية والمواصفات أو الرسومات التى يجب على مقدم العطاء (المقاول) الاطلاع عليها إذا كانت الجهة المتعاقدة من جهات الإدارة التى تسرى

عليها أحكام القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات .

وإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها ، وجب اتباع العرف، وبخاصة أصول الصناعة والفن تبعا للعمل الذى يقوم به المقاول. فلكل مهنة أو حرفة أصول معروفة وقوانين تجب مراعاتها، دون حاجة لذكرها فى العقد أو يشار إليها جملة فى العقد ،كالقول مثلا (حسب أصول الصناعة) أو ما يؤدى إلى هذا المعنى [1].

فعلاج الطبيب للمريض له أصوله الفنية ، فالطبيب يسأل عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لايقع من طبيب فى مستواه المهنى وجد فى نفس الظروف التى أحاطت بالطبيب المسئول ، كما يسأل عن خطئه العادى أيا كانت درجة جسامته .

وكقاعدة عامة يجب أن يترك باب الاجتهاد مفتوحا أمام المقاول حتى يتمكن من القيام بمهمته من حيث تنفيذ محل عقد المقاولة ورب العمل آمن مطمئن، بحيث لا يسأل هذا المقاول إلا إذا ثبت ثبوتا ظاهرا وبصفة قاطعة لا احتمالية أنه ارتكب عيبا لا يأتيه من له إلمام بهذا اللون من الفن إلا عن رعونة وعدم تبصر واحتياط وأن يكون خطأه محققا ومتميزا [2].

---

(١) محمد عبد الرحيم عنبر ص ١٠٦ .

(٢) قدرى الشهاوى ص ٩٢ وما بعدها .

٣٩ـ أدوات العمل ومهماته :

كثيرا ما يحتاج المقاول ، فى إنجازه للعمل طبقا لشروطه أو وفق عرف وأصول الحرفة استخدام أدوات ومهمات ، أو الاستعانة بأشخاص يعاونون المقاول فى تنفيذه، ويعملون معه تحت إشرافه وإدارته فيكونون تابعين له . بل قد تستدعى طبيعة العمل أن يقوم هؤلاء التابعون بالعمل وحدهم ، وأن تقتصرمهمة المقاول على الإشراف عليهم وتوجيههم ، ما لم يكن العمل منظورا فيه إلى مهارة المقاول الشخصية كالطبيب والفنان فالمهندس المعمارى يستأجر الآلات اللازمة لإقامة أساس بناء لوضع خوازيق . والجراح تلزمه آلات الجراحة .

وهذه الأدوات والمهمات يلتزم بها المقاول وعليه إحضارها ، غير أنه يستثنى من ذلك أن يجرى الاتفاق على خلاف ذلك كأن يتفق الطرفان على أن يحضر رب العمل هذه الأدوات والمهمات كما يجرى العرف على أن فى مهن معينة يلتزم المقاول بإحضارها .

وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة ٦٤٩ مدنى بقولها : " وعلى المقاول أن يأتى بما يحتاج إليه فى إنجاز العمل من أدوات ومهمات إضافية ويكون ذلك على نفقته .هذا ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغيره".

٤٠ـ مقدار العناية اللازمة فى تنفيذ العمل :

التزام المقاول بتنفيذ العمل المعهود به إليه ، قد يكون التزاما ببذل عناية أو التزاما بتحقيق نتيجة .

ومثل **الالتزام ببذل عناية** التزام الطبيب بعلاج المريض ، فهو يجب عليه أن يبدل عناية مس فى مستواه من الأطباء فى علاج المريض طبقا

للأصـــول الطبـــية ، وليس عليه أن يشفى المريض فالطبيب يعالج والله يشفى[1].

ويجـــب على المهندس الذى يدير عملا أو يشرف على تنفيذ تصميم أن يـــبذل عناية مهندس فى مستواه فى إدارة العمل أو فى الإشراف على تنفـــيذ التصـــميم ، ولا يلتزم بتحقيق النتيجة المقصودة . ما لم يتفق على وجوب بذل عناية أكثر من عناية الشخص العادى .

وعـــلى هذا نصت الفقرة الأولى من المادة ٢١١ مدنى بقولها : " فى الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشئ أو أن يقـــوم بإدارته أو يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى، ولو لم يـــتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك " .

ومثل الالتزام بتحقيق غاية ، أن يكون مطلوبا من المقاول نتيجة معينة كإصـــلاح شئ ، أو إقامة بناء أو ترميمه أوهدمه ، أو وضع تصميم أو رسم أو نحت تمثال ، فإن تنفيذه للعمل يكون بتحقيق هذه النتيجة . فلا يـــبرأ المقاول من التزامه إلا إذا تحققت هذه الغاية وأنجز العمل المطلوب . ولايكفى أن يبذل فى القيام بهذا الالتزام عناية الشخص المعتاد أو أكبر عناية ممكنة، ذلك أنه مادام العمل المطلوب لم ينجز فإن المقاول يكون مسئولا .

---

(١) الدكـــتور محمـــود جمـــال الدين زكى مشكلات المسئولية المدنية الجزء الأول ١٩٧٨ ص ٣٧٠ .

غـــير أن مســـئولية المقـــاول تنتفى بثبوت السبب الأجنبى ، فانتفاء مســـئوليته فى هـــذه الحالة إنـــما يأتى من نفى علاقة السببية بين الخطأ والضرر لا من نفى الخطأ .

٤١ـ الالتزام بتقديم مادة العمل :

١- التزام المقاول بتقديم مادة العمل :

تنص المادة ٦٤٧ مدنى على أنه :

" ١- يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله ، على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بـــها فى القيام بعمله ".

٢- كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا " .

وعلى ذلك فالتزام المقاول يأخذ إحدى صورتين:

الأولى : التعهد بتقديم عمله فقط .

الثانية : التعهد بتقديـــم عمله بالإضـــافة إلى المادة التى يستخدمها أو يستعين بـــها فى القيام بعمله .

وقـــد رأيـــنا- طبقا للرأى الراجح – أنه إذا قدم المقاول مادة العمل، وكـــان للمادة قيمة محسوسة ، فإن العقد يكون مزيجا من بيع ومقاولة ، ســـواء كانـــت قيمة المادة أكثر من قيمة العمل أو أقل ، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بـــها، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامهـــا عليه . وقد طبقت المادة ٦٤٨ مدنى هذه القاعدة ، فجعلت المقـــاول مســـئولا عن جودة المادة إذ نصت على أن : " إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها ، كان مسئولا عن جودتـــها، وعليه ضمانـــها لرب العمل" .

ذلك أن المقاول فى هذه الحالة يكون بائعا للمادة ، فيضمن ما فيها من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية من وقت أن يتم المقاول عمله ويكسب الشئ المصنوع كل مقوماته الذاتية ، أى من وقت أن يصبح الخشب مكتبا أو مكتبة أو أثاثا فى حالة التعاقد مع نجار أو من وقت أو يصبح القماش ثوبا تام الصنع فى حالة التعاقد مع حائك وهكذا.

واختيار المتعاول للمادة التى يقدمها يستوجب التزامه بالشروط والمواصفات المتفق عليها بشأن هذه المادة ، فإذا لم تكن هناك ثمة شروط أو مواصفات ، وجب على المقاول أن يتوخى فى اختيار المادة أن تكون وافية بالغاية المقصودة منها والتى تتفق مع الظاهر من طبيعة الشئ أو الغرض الذى أعد له وعلى هذا نصت المادة ١/٤٤٧ مدنى بقولها[١]:

" يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشترى وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشئ، أو الغرض الذى أعدله ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده " .

وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة المادة من حيث جودتها . و لم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المقاول بأن يقدم مادة من صنف متوسط وعلى هذا تنص الفقرة الثانية من المادة ١٣٣ مدنى بقولها : " ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن

(١) قدرى الشهاوى ص ١٠٠ وما بعدها .

العقـــد ما يستطاع به تعيين مقداره ، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشئ، من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط " .

وتســـرى فى ضـــمان العيوب الخفية الأحكام الملائمـــة لطبيعـــة عقد الاستصـــناع ، وهى أحكام عقد البيع . وقد عرضنا هذه الأحكام عند تناول عقد القرض فى المجلد الثانى فنحيل إليها فى هذا الصدد (راجع المجلد الثانى بنود ١٨٩ وما بعده).

٤٢- التزام رب العمل بتقديم مادة العمل :

تنص المادة ٦٤٩ مدن على أن :

" ١- إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة ، فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها وأن يؤدى حسابا لرب العمل عمـــا استعملها فيه ويرد إليه ما بقى منها . فإذا صار شئ من هذه المادة غـــير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية ، التزام برد قيمة هذا الشئ لرب العمل العمل .

٢- وعـــلى المقاول أن يأتى بما يحتاج إليه فى إنجاز العمل من أدوات ومهمـــات إضافية ويكون ذلك على نفقته . هذا مالم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغيره " .

فقـــد نظمت هذه المادة مسئولية المقاول عن المادة التى يقدمها له رب العمل ، إذا كان رب العمل هو المنوط به – طبقا للعقد – تقديم المادة إلى المقاول .

وهذه المادة تلقى على عاتق المقاول عدة التزامات إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة اللازمة لأداء العمل، وتخلص هذه الالتزامات فيما يأتى :

(أ)- المحافظة على المادة المسلمة إليه :

يلــتزم المقاول بالمحافظة على المادة المسلمة إليه لاستخدامها فى العمل، ســواء كانت هذه الأشياء قيمية أم مثلية ، وهذا الالتزام يتطلب منه أن يحــرص عليها ، بأن يتخذ الإجراءات والاحتياطات الكفيلة بمنع تلفها أو ضــياعها ، فإذا قدم عميل قطعة من القماش إلى حائط ليخيطها ثوبا، أو قــدم كمية من الأخشاب إلى نجار ليصنع منها أثاثا، فإن كل من الحائك والــنجار يلتزم بالمحافظة على ما سلم إليه ، ويقتضى ذلك أن يضعه فى مكان أمين لا يصل اللصوص إليه ، وأن يحرص على منع تلفه بفعل العتة أو السوس ، بوضع المبيدات الكميائية [١].

وإذا احتاج الحفظ إلى نفقات تحملها المقاول ، لأنــها تعتبر جزءا من النفقات العامة التى أدخلها فى حسابه عند تقدير الأجر [٢].

والــتزام المقاول بالمحافظة على المادة المسلمة إليه ، التزام بوسيلة ، فلا يتطلــب منه سوى أن يبذل قدرا معينا من العناية فى سبيل هذه المحافظة ، ولمــا كان التزام المقاول بالمحافظة ليس مقصودا لذاته ، وإنــما هو التزام تــابع لالتزامه بالعمل ، وكان هذا العمل يتم فى مقابل أجر وليس مجانا ، فإن المقاول يلتزم بأن ببذل فى المحافظة عناية الشخص المعتاد[٣].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٩٦ وما بعدها .

(٢) السنهورى ص ٩١

(٣) محمد شنب ص ٩٧

فـــإذا قصر المقاول فى بذل هذه العناية ، وترتب على ذلك أن تلفت المادة المسلمة إليه من رب العمل ، أو أصبحت غير صالحة للاستخدام فى العمـــل المطلـــوب ، أو ضاعت أو سرقت ، فإنه يكون مسئولا عن هذا التلف أو الضياع، ويلتزم بأن يرد قيمة هذه المادة إلى رب العمل، وفضلا عن ذلك يلتزم بتعويضه وفقا للقواعد العامة فى المسئولية العقدية [1].

ولما كانت مسئولية المقاول فى هذا الصدد مسئولية عقدية ، فإنه يقع عـــلى عاتق رب العمل عبء إثبات تلف المادة أو ضياعها أو هلاكها . فعليه أن يثبت أن المقاول لم يبذل فى حفظ المادة عناية الشخص المعتاد ، وأن هـــذا الإهمال هوالذى ترتب عليه تلف الشئ أوضياعه أو هلاكه . ولكن ظروف الحال قد تسمح باستخلاص قرينة قضائية على هذا الإهمال تعفـــى رب العمل من عبء إثبات خطأ المقاول، وتسهل له الوصول إلى حقـــه، ذلك أن وجود الشئ تحت يد المقاول يجعل من الصعب على رب العمل معرفة السبب الذى أدى إلى تلفه أوضياعه ، ولكن هذه القرينة إن وجـــدت فإنـــها تكون قرينة بسيطة يستطيع المقاول دحضها بإثبات أن الـــتلف أو الضياع لم ينشأ عن خطئه وذلك إما باثبات انتفاء الخطأ عن جانبه ، لبذله فى المحافظة على الأشياء المسلمةله العناية المفروضة عليه وهى عـــناية الشخص المعتاد ، وإما بإثبات أن الهلاك يرجع إلى ســـبب أجنبى عنه[2].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٩٨ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٩٨ — السنهورى ص ٩٣ .

(ب)- مراعاة أصول الفن فىاستخدامه للمادة :

يلتزم المقاول بمراعاة أصول الفن فى استخدامه للمادة المسلمة إليه من رب العمل . وذلك بأن يعمل الأصول الفنية والعرف الجارى فى شأنها فإذا سلم شخص صاحب مطحن كمية من الحبوب لطحنها ، فلا يجوزله أن يضعها فى آلة الطحين عقب طحن نوع آخر من الحبوب، إذا كان من شأن ذلك أن يتغير مذاقها . وإذاسلمشخصسيارة إلى ميكانيكى لإصلاحها ، وكان الإصلاح يستغرق زمنا طويلا ، فعلى الميكانيكى أن يحرص ألا تصاب إطاراتها أو بطارياتها بتلف من جراء عدم الاستعمال مدة كبيرة (١).

ويجب على المقاول أن يتجنب فى استعمال المادة الإفراط أو التفريط. وهذه تقتضى أن يستعمل من المادة المسلمة إليه القدر اللازم لإنجاز العمل المطلوب دون نقص أو زيادة (٢).

(ج)- تقديم حساب لرب العمل :

يلتزم المقاول بعد إنجاز العمل المعهود به إليه أن يقدم حسابا لرب العمل عما استعمله من المادة المسلمة إليه ، وأن يرد إليه الباقى منها، فإذا سلم العميل إلى المقاول قطعة من القماش لحياكتها بدلة ، ثم تبقى جزء من القماش التزم المقاول برد هذا الجزء الباقى إلى العميل .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٩٧ .

(٢) محمد عبد الرحيم عنبر ص ١١٩ .

(د)- إخطار رب العمل بالعيوب الموجودة بالمادة :

إذا تكشف للمقاول أثناء تنفيذ العمل المعهود به إليه أن بالمادة ثمة عيوب وأنها لاتصلح لتنفيذ العمل المذكور، كما إذا كان القماش الذى تسلمه لحياكة بدلة به عتة أوعيوب أخرى، تعين على المقاول إخطار رب العمل فورا بذلك . وإلا كان مسئولا عن تعويض رب العمل عما يحدث له من ضرر نتيجة لذلك .

وإذا كان لا يمكن لمقاول مثله أن يكشف العيب، فإنه لا يكون مسئولا، وكانت المادة ٨٩١ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على ذلك بقولها : " لا يكون العامل أوالصانع مسئولا قبل رب العمل عن إغفال الإخطار المنصوص عليه فى المادة ٨٦٩ إذا كان ما ظهر فى أثناء التنفيذ وبسببه من عيوب فى المادة ، بحيث ما كان يستطيع عامل مثله أن يعلم بها " . إلا أن النص سقط من مجموعة الأعمال التحضيرية .

وإذا قامت ظروف من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل فى أحوال ملائمة، كان المقاول ملزما بإخطار رب العمل فورا بهذا العائق ، وإلا كان مسئولا عن الأضرار التى تنجم عن إهماله فى هذا الإخطار . وكانت المادة ٨٦٩ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على ذلك بقولها :

"١- إذا حدثت أو ظهرت أثناء العمل عيوب فى المادة التى قدمها رب العمل ، أو قامت عوامل أخرى من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل فى أحوال ملائمة . وجب على المقاول أن يخطر فورا رب العمل بذلك . ٢- فإذا

أهمل فى الإخطار ، كان مسئولا عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج" - إلا أن هـــذه المادة حذفت فى لجنة المراجعة . "اكتفاء بالقواعد العامة" . وهذا النص فى الواقع يعد تطبيقا لهذه القواعد[١] .

٤٢ـ مسئولية المقاول مسئولية عقدية :

واضـــح ممـــا سلف أن مسئولية المقاول قبل رب العمل هى مسئولية عقديـــة ، ســـواء تعلق ذلك بمسئوليته عن الإهمال فى المحافظة على المادة المسلمة إليه من رب العمل أو عدم مراعاة أصول الفن فى استخدامه لها، أوعدم رده الجزء المتبقى من المادة ، أو مخالفته واجبا من الواجبات الملقاة عـــلى عاتقـــه ، وكذلك مسئوليته عما يرتكبه العمال الذين يستخدمهم لمعاونـــته فى العمل ، إذ يكون مسئولا عنهم مسئولية المتبوع عن أعمال التابع ، فهذه المسئولية ليست مسئولية تقصيرية .

٤٣ـ تنفيذ العمل فى المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة :

يلـــتزم المقاول بإتمام العمل الموكول إليه فى المدة المتفق عليها بالعقد . حتى لو أثبت المقاول أن المدة المحددة لم تكن كافية أصلا لإنجاز العمل إذ أنه يكون مخطئا لقبول الالتزام بإنجاز العمل فى هذه المدة غير الكافية .

فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة للانتهاء من العمل ، وجب أن يتم العمل فى المدة المعقولة التى تسمح بإنجازه .

وهـــذه المـــدة يراعى فيها طبيعة العمل ومـــدى ما يقتضيه من دقة ، وإمكانيات المقاول المعروفة لرب العمل، وما جرى عليه عرف الحرفة.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ١٣ .

والالـــتزام بإنجاز العمل فى المدة المتفق عليها أو فى المدة المعقولة التزام بتحقـــيق غاية ، وليس التزاما ببذل عناية . فلا يكفى لإعفاء المقاول من المســـئولية عن القيام بالعمل أو عن التأخر فى القيام به أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد فى إنجاز العمل فى الميعاد ولكنه لم يتمكن من ذلك . ولا يعفى من المسئولية إلا إذا أثبت أن التأخير يرجع إلى سبب أجنبى عنه، كقوة قاهرة أوحادث فجائى أو خطأ رب العمل كمالو تأخر رب العمل فى تسليم المقاول المواد الواجب استخدامها فى العمل ، أو كان قد أدخل تعديـــلات عـــلى المواصفات المنصوص عليها فى العقد، أو لم يقم بدفع الأقساط المتفق على دفعها فى مواعيدها (١).

ويجب ألا تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائى مسبوقـــا بخطأ من المقاول ، وإلا كان مسئولا بقدر هذا الخطأ (٢).

ويعتبر حادثا مفاجئا الانهيار الذى يلزم المقاول إعادة عمل الأساسات. ولكن لا يعتبر حادثا مفاجئا صعوبة التنفيذ كما إذا دعت قسوة الجو إلى تعطيل الأعمال ، أو كما إذا لم يستطيع المقاول الحصول على آلة كان قد وعد باستخدامها (٣).

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٩٣ .

(٢) السنهورى ص ٩٦ .

(٣) محمد كامل مرسى ص ٤٨٩ .

جزاء الإخلال بالتزام المقاول بتنفيذ العمل :

٤٤ـ تطبيق القواعد العامة :

إذا أخل المقاول بالتزامه بتنفيذ العمل على النحو الذى أوردناه سلفا، بأن خالف مثلا الشروط والمواصفات المتفق عليها، أو لم يراع أصول الفن فى استخدام المواد المقدمةله من رب العمل، أو أظهر قصورا فى كفايته الفنية ، أو نزل عن عناية الشخص المعتاد فى تنفيذ التزامه، أو تأخر فى تنفيذ العمل دون سبب أجنبى . فإنه يكون مسئولا قبل رب العمل، وتسرى القواعد العامة فى هذا الخصوص، فيكون لرب العمل أن يطلب التنفيذ العينى أو يطلب فسخ العقد ، مع التعويض فى الحالتين . ونعرض لذلك بشئ من التفصيل فيما يلى :

٤٥ـ (أ)ـ التنفيذ العينى :

تنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدنى على أنه : " ١- يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين ٢١٩، ٢٢٠ عى تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ممكنا.

٢- على أنه إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما" .

فيجوز لرب العمل طلب التنفيذ العينى إذا كان ممكنا . فإذا كان تنفيذ العمل غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المقاول نفسه ، بأن تكون شخصية المقاول قد روعيت فى العقد كعمل تصميم أو رسم لوحه أو إجراء عملية جراحية ، فلا سبيل لإجبار المقاول على التنفيذ إلا عن طريق الالتجاء إلى الحكم عليه بغرامة تهديدية (م٢١٣/١ مدنى) .

أمـــا إذا كان تنفيذ الالتزام عينا ممكنا دون تدخل المقاول، جاز لرب العمـــل أن يطلب ترخيصا من القضاء فى القيام بالتنفيذ على نفقة المقاول (م٢٠٩/١ مدنى) ، كما لو كان العمل المتعهد به بناء دار أو صنع شئ أو إصلاحه ، فيجوز للقضاء أن يرخص لرب العمل بالتعاقد مع مقاول آخر ليقوم به . فإذا فعل التزم المقاول المخل بالتزامه بنفقات هذا العمل ، ولو كانت قد جاوزت النفقات المتفق عليها بالعقد الأول .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " القضاء بتنفيذ العقد تنفيذا عينيا على نفقة المقاول عملا بالمادة ٢٠٩ من القانون المدنى مؤداه عدم استحالة تنفيذ العقد وبقاؤه نافذ الأثر بين طرفيه فيتحمل المقاول تبعته ويحاسب على نتيجته لا بالنسبة لما أتمه من أعمـــال فحسب بل بالإضافة إلى ما قد يكون رب العمل قد قام به من أعمال مكملة للأعمال المتفق عليها فى العقد، ذلك أن الأوضاع لا تستقر بـــين طرفى العقد إلا بعد المحاسبة على الأعمال التى قام بـــها المقاول وما عسى أن يكون رب العمل قد أتمه على أساس التنفيذ العينى للعقد " .

(طعن رقم ٤٥لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥)

٢- (أ)- " يجـــوز فى عقـــد المقاولة الاتفاق على أن يحل رب العمل نفسه محل المقاول المتخلف أوالمقصر فى تنفيذ الالتزام أو يعهد بتنفيذه إلى شخص آخر ويتم هذا الإجراء على حساب ذلك المقاول وتحت مسئوليته فيتحمل تبعته ويحاسب على نتيجته لا بالنسبة لما أتمه من أعمال فحسب بـــل بالإضـــافة إلى ما قد يكون رب العمل قد قام به من أعمال مكملة

للأعمال المتفق عليها فى العقد ، ذلك أن الأوضـــاع لا تستقر بين طرفى العقــد إلا بعد المحاسبة عن الأعمال التى قام بــها المقاول وما عسى أن يكون رب العمل قد أتمه على أساس التنفيذ العينى للعقد " .

- (ب) - " لمـــا كان البين من الاتفاق المبرم بين الطرفين أنه قد نص فى بند من بنوده على أنه " إذا تبين للشركة الطاعنة أن معدل سير العمل لا يبشـــر بالتنهو فى المواعيد المقررة فلها الحق فى سحب كل أو جزء من العمـــل من المطعون ضده وتشغيله بمعرفتها أو إسناده إلى آخرين وذلك دون أى اعـــتراض مـــنه مع التزامه بكافة فروق الأسعار علاوة على ما يترتـــب عـــلى ذلك من مصاريف وخسائر مع حفظ حقها فى المطالبة بالتعويضـــات اللازمة نتيجة للأضرار التى تلحق بـــها نتيجة لهذا التأخير" وكانت الشركة الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بأنـــها سحبت العملـــية من المطعون ضده وأتمها على نفقته تطبيقا للاتفاق المبرم بينهما وأســـفر ذلك عن مديونيته لها ، إلا أن الحكم المطعون فيه لم يفطن لهذا الدفـــاع الجوهرى وقضى للمطعون ضده بالمبلغ المحكوم به الذى احتسبه الخبير المنتدب من المحكمة الاستئنافية عن الأعمال التى قام بـــها المطعون ضـــده فحسب ودون تحقيق دفاع الطاعنة سالف البيان مما يعيب الحكم بالقصور المبطل الذى جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه ".

(طعن رقم ٨٥٧١ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٢)

٣- " لما كان واقع الدعوى أن الطاعنة قد اتفقت مع الشركة المطعون ضـــدها الثانية بموجب عقد مقاولة مؤرخ ١٩٨٤/٢/٧ والمقدم صورته

منها أمام محكمة أول درجة على أن تقوم الشركة المطعون ضدها الثانية بإنشاء العمارات المبينة بالعقد لصالح الطاعنة وتضمن البند الثامن منه التزاما عليها هو القيام بالعمل المتفق عليه بنفسها وحظر عليها أن تسند تنفيذه فى جملته أو جزء منه إلى مقاول من الباطن وإلا كان الجزاء الفسخ ، ولعدم قيام المقاول الأصلى بتنفيذ العملية فى الميعاد المتفق عليه فى العقد فقد سحبت الطاعنة العملية منه بعدما أنذرته رسميا بذلك وتحفظت على المنقولات الموجودة بالموقع والمملوكةله ضمانا لحقوقها قبله، وإذ لم يطبق الحكم العقد آنف الذكر على موضوع النزاع رغم وجوب إعماله وطبق عقد المقاولةمن الباطن والذى لم تكن الطاعنة طرفا فيه وخلص إلى أن المنقولات الموجودة بالموقع ملكا للمطعون عليه الأول- المقاول من الباطن – وقضى له بتسليمها فضلا عن مبلغ التعويض فإنه يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب مما جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون".

(طعنان رقما ٥٥٩١، ٥٦٠١ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٩/١/٢٧) (١)

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بأن :**

١ – (أ)- " إذا كانت الجمعية التعاونية لبناء المساكن لم تعلن- وقت إبرامها عقد المقاولة – أنها تتعاقد مع المقاول نيابة عن أعضائها وكان لايوجد فى نصوص العقد ما يفيد وجود نيابة صريحة أو ضمنية بينها وبينهم فإن أثر العقد ينصرف إلى الجمعية وليس إلى أعضائها فإذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءه برفض الدفع بعدم قبول دعوى أحد أعضاء الجمعية قبل المقاول لرفعها من غير ذى صفة، على أن العقد قد أبرم فى حدود نيابة الجمعية عن أعضائها وأن ما ينشأعنه من حقوق والتزامات يضاف إليهم فإنه يكون قد استخلص من=

=العقـــد مــــا لا يمكن أن يؤدى إليه مدلول عباراته وقدجره ذلك إلى خطئه فى تكيـــيف العلاقة القانونية بين الجمعية وأعضائها فيما يختص بهذا التعاقد والخطأ فى ترتيب آثار العقد " .

(ب) — " مـــتى كان إعمال آثـــار عقد المقاولة وفقا للقانون يؤدى إلى اعتبار الجمعـــية التعاونـــية وحدها صاحبة الحق فى مطالبة المقاول المتعاقد معها بتنفيذ الـــتزاماته الناشـــئة عن هذا العقد وبتعويض الأضرار الناتجة عن الإخلال بتلك الالـــتزامات فإنه لا يجوز قبول دعوى أحد أعضاء الجمعية بطلب هذا التعويض إلا إذا ثبت أن حق الجمعية فى طلبه قد انتقل إليه بما ينتقل به هذا الحق قانونا إذ لا تقبل الدعوى إلا من صاحب الحق المطلوب الحكم به ولا يكفى لاعتبار هـــذا العضو مالكا للحق وذا صفة فى التداعى بشأنه مجرد إقرار الجمعية له بهذا الحق إذ يجب ثبوت أنه اكتسبه بإحدى الطرق المقررة فى القانون لكسبه " .

(طعن رقم ٢٧٧ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩)

٢- (أ) " مفاد نص المادة ١/١٥٤ من القانون المدنى أنه فى الاشتراط لمصلحة الغـــير يـــتعاقد المشـــترط مـــع المتعهد باسمه لمصلحة شخصية فى تنفيذ المتعهد الالـــتزامات المتعاقد عليها نحو المنتفع دون أن يدخل المنتفع طرفا فى العقد وأن المنـــتفع إنما يكسب حقه مباشرة من العقد ذاته المبرم بين المشترط والمتعهد بأن تشترط الالتزامات لصالحه باعتباره منتفعا فيه ويجرى تعيينه بشخصه أو بوصفه شخصا مستقبلا أو يكون مستطاعا تعيينه وقت أن ينتج العقد أثره "

(ب)- "جرى قضاء محكمة النقض على أنه متى كانت الجمعية (جمعية المساكن) لم تعلن وقت إبرام العقد أنـــها تعاقدت — مع المقاول — نيابة عن أعضائها ، وكان لا يوجد فى نصوص العقد ما يمكن أن يفيد وجود نيابة صريحة أو ضمنية فـــإن أثر العقد ينصرف إلى الجمعية وليس إلى أعضائها ومن ثم تكون الجمعية=

ويجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ رب العمل الالتزام على نفقة المقاول دون ترخيص من القضاء (م٢٠٩/٢ مدنى) ، كما لو كان العمل ترميم منزل آيل للسقوط أو إصلاح آله تهدد بالانفجار .

وهذا لا يخل بحق رب العمل فى طلب التعويض عما أصابه من ضرر كما سنرى .

٤٦- (ب)- فسخ العقد :

تنص المادة ١٥٧ مدنى على أنه : " ١- فى العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض.

٢- ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته " .

ومن ثم فإنه يجوز لرب العمل بدلا من طلب التنفيذ العينى لالتزام المقاول أن يطلب فسخ العقد . ويخضع الفسخ لتقدير القاضى. فللقاضى أن يقضى به إذا رأى أن إخلال المقاول بالعقد جسيما، وله أن يمهله حتى يقوم بتنفيذ التزامه ، وللمقاول أن يعرض قبل القضاء بالفسخ أن ينفذ

=وحدها هى صاحبة الحق فى مطالبة المقاول بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد وبالتالي لا يجوز قبول دعوى عضو الجمعية بطلب ذلك إلا إذا أثبت أن حق الجمعية قد انتقل إليه بما ينتقل به الحق قانونا " .

(طعن رقم ٥٣٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٤/٢٩)

التزامه ،فلا يقضى بالفسخ . وســواء طلب رب العمل التنفيذ العينى أو الفسخ، فإنه يجوز له المطالبة بالتعويض .

غــير أنه يشترط للقضاء بالتعويض حصول ضرر لرب العمل. ويقع على عاتق رب العمل إثبات هذا الضرر ، إلا إذا كان متفقا عليه فى العقد (الشرط الجزائى) ، وحينئذ لا يجوز للقاضى تخفيض التعويض إلا إذا أثبت المقاول أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه (م ٢/٢٢٤ مدنى) .

ولا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا إذا أثبت المقاول أن رب العمل لم يلحقه أى ضرر (م١/٢٢٤ مدنى) .

وقد قضى بأنه إذا تأخر المهندس فى إعداد الرســومات اللازمة لعمل معين، وترتب على هذا التأخر أن حرم رب العمل من جائزة كان يحصل علــيها لو أن المهندس وفى بالتزامـــه ، كان هذا الأخير مسئولا عن هذا الضرر[1]. وقد يكون الضرر أدبيا **وقد قضى بأن** :

إذا تعهد مقاول لوزارة الأوقاف بإصلاح دورة مياه مسجد تابع لها، وتأخـــر فى ذلـــك ثم لم يقم إلا ببعضه لاشك يعتبر الضرر متوافرا ، لأن الوزارة مسئولة عن إقامة الشعائر والتأمين الذى أخذته من المتعهد ضمانا لعدم التأخير يصبح حقا مكتسبا لها كما شرط فى التعهد [2].

---

(١) جرينويل ٣١ مايو سنة ١٩٥٦– مشار إليه بالسنهورى ص١٠٠ هامش (٣).

(٢) استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٨ ص ٥٧٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" ١- متى كان الحكم إذ قضى برفض الدعوى التى أقامها المقاول — الطاعـــن — بطلب تعويض عن استعمال المطعون عليه أدواته وآلاته بعد ســـحب العملية منه قد أقام قضاءه على أن " المطعون عليه إنما اضطر إلى سحب العملية منه بعد أن تأخر فى تنفيذ ما التزم به رغم إنذاره أكثر من مرة بوجوب إنجاز العمل فى الميعاد المتفق عليه ورغم إمهاله فى ذلك مرارا وأنه بعد أن سحب المطعون عليه العملية منه والتمس الطاعن الترخيص له فى إتمـــام العمل فى فترة حددها قبل المطعون عليه التماسه على أن لا يعد هذا القبول تنازلا منه عن قرار السحب السابق وأن الطاعن استأنف العمل على هذا الأساس دون اعتراض من جانبه " .

وكـــان العقد المبرم بين الطرفين قد نص فى بند منه على أنه فى حالة ســـحب العمل يكون للمطعون عليه الحق فى حجز كل أو بعض الآلات والأدوات التى استحضرها الطاعن واستعملها فى إتمام العمل دون أن يكون مسئولا عن دفع أى أجر عنها . فإن النعى على الحكم مخالفة قانون العقد والقصور فى التسبيب يكون على غير أساس " .

(ب)- " متى كان العقد المبرم بين الطرفين قد أوجب فى بند منه على المقـــاول — الطاعن- أن ينهى جميع العمل المنوه عنه فى العقد فى الوقت المتفق عليه وإلا كان للمطعون عليه توقيع الغرامات حسب الفئات المنصوص علـــيها فى ذلـــك البند وأن هذه الغرامات توقع بمجرد حصول التأخير . وكان الطاعن قد تأخر فى نهو العمل فى الميعاد المتفق عليه أولا فى العقد ثم تباطأ فى إنجازه رغم إمهاله فى إتمامه أكثر من مرة مما اضطر المطعون عليه

إلى سحب العملية منه ثم قبل الطاعن الاستمرار في العمل على حسابه بعد قرار السحب المذكور فإن المطعون عليه يكون على حق في احتساب غرامة التأخير عليه " .

(طعن رقم ٤٥ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/٤/٥)

٤٧- قيام المقاول بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد :

تنص المادة ٦٥٠ من التقنين المدني على أن : "١- إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له . فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة ، جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقا لأحكام المادة ٢٠٩ .

٢- على أنه يجوز طلب فسخ العقد في الحال دون حاجة إلى تعيين أجل إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا" .

فهذه المادة تكفل لرب العمل عدم الانتظار إلى نهاية مدة عقد المقاولة حتى يستعمل حقه في طلب التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في الحالتين، بل خولت له متى رأى أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد أن يتخذ من الإجراءات ما يكفل له توقيع الجزاء دون أن يمهل المقاول إلى نهاية المدة .

ومثال ذلك أن يلاحظ رب العمل أن المقاول قد أخل ببعض الشروط والمواصفات المتفق عليها بأن لم يدعم مثلا الأساس أو لم يصل به إلى العمق الكافي أو لم يجعل الجدران في السمك المتفق عليه ، أو لاحظ أن

النجار الذى يصنع الأثاث المطلوب لم يراع أصول الصناعة فى صنع الوحدات الأولى من الأثاث أو استخدم خشبا فى هذه الوحدات غير المتفق عليه أو من صنف أقل جودة .

وقد ميز النص بصدد تدخل رب العمل إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد ، بين فرضين نعرض لهما فيما يلى :

(الفرض الأول) أن يكون إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب ممكنا :

إذا كان إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب ممكنا ، كما إذا أقام مقاول البناء الأساس على عمق أقل من الواجب أو أقام حائط الدور الأول بسمك أقل من الواجب وجب على رب العمل إنذار المقاول بأن يصلح من طريقة التنفيذ ، وليس له المبادرة إلى طلب الفسخ مادام العيب من الممكن إصلاحه، إذ يكون المقاول غافلا عن العيب فيجرى تنبيه رب العمل لتلافيه بأن يضرب له أجلا لإصلاح العيب فإذا انصاع المقاول لتنبيه رب العمل، وأصلح العيب فى الأجل المحدد ، فإن له المضى فى العمل على الوجه الصحيح ، ولا سبيل عليه لرب العمل [١].

وليس للإنذار شكل خاص فيجوز أن يكون بإعلان على يد محضر أو بخطاب موصى عليه أو حتى شفاهة، وإنما يقع على عاتق رب العمل عبء إثباته . وإنذار المقاول بضرورة الرجوع إلى الطريقة الصحيحة فى تنفيذ العمل،ليس مجرد رخصة لرب العمل، إن شاء استعملها، وإن شاء أهملها،بل

---

(١) قدرى الشهاوى ص ١١٤ .

إن رب العمــل يلتزم القيام بــهذا الإنذار، متى ثبت له أن هناك عيوبا فى طــريقة التنفــيذ أو منافاة للعقد ، فذلك ما يوجبه حسن النية فى تنفيذ العقود من تعاون بين الطرفين لكى يتم التنفيذ مطابقا لما هو متفق عليه . فقد يكون المقاول معتقدا أنه ينفذ التزامه تنفيذا صحيحا . فإذا أهمل رب العمل فى إخطاره بما فى طريقة التنفيذ من عيوب ، أو تعمد أن يسكت، وترتب على ذلك أن جاء العمل غير مطابق لما هو متفق عليه ، فإن رب العمــل لا يســتحق تعويضا عن الأضرار التى كان يمكن تجنبها لو أحظر المقاول فى حينه بما فى طريقة التنفيذ عيوب، أو مخالفة لمواصفات العقد[١].

أمــا إذا رفــض المقاول تعديل طريقة التنفيذ، أو ترك الأجل المعين لذلك يمضى دون أن يرجع إلى الطريقة الصحيحة، جاز لرب العمل أن يلجأ إلى القضــاء إما بطلب التنفيذ العينى أو بطلب فسخ العقد . فبالنسبة لطلب التنفــيذ العينى إذا رأى القاضى أن التنفيذ الذى يجريه المقاول معيبا قضى بإلزامه بإصلاح العيب ، وبالتعويض إن كان له محل .

كمــا يجــوز لرب العمل فى هذه الحالة أن يطلب من القاضى ترخيصا فى إصــلاح العيــب أو فى إنجاز العمل كله على الوجه الصحيح ، بواسطة مقــاول آخر على نفقة المقاول الأول إذا كان هذا ممكنا بالتطبيق للفقرة الأولى من المادة ٢٠٩ مدنى التى تجرى على أن : " فى الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفــيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا " . كما يجوز للقاضى القضاء لرب العمل بالتعويض عما أصابه من أضرار .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٩٢- السنهورى ص ١٠٦ هامش (١) .

كما يجوز عملا بالفقرة الثانيةمن المادة المذكورة ، فى حالة الاستعجال أن ينفذ رب العمل الالتزام على نفقة المدين ، دون ترخيص من القضاء، مـــثال ذلك أن تكون مهمة المقاول ترميم منزل آيل للسقوط ، أو مهمة الحائك حياكة ثوب زفاف لعروس حددله موعدا ، فأوشك حلول الموعد. وبالنســبة لطلب الفسخ، فإن الفسخ يخضع فى القضاء به لتقدير القاضى طــبقا للقواعـــد العامة . وإذا قضى به كان لرب العمل التحلل من دفع الأجر. كما يجوزله طلب التعويض إذا كانله محل. ويشمل التعويض قيمة المـــواد التى قدمها للمقاول لاستخدامها فى العمل وتعذر ردها إليه بالحالة التى سلمت عليها .

(الفرض الثانى):أن يكون إصلاحما فىطريقة التنفيذمن عيب مستحيلا:

إذا كان إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا ، ولو كانت المـــدة المحددة أصلا لتنفيذ العقد لم تنقض بعد ، كما إذا سلم شخص إلى حائك قطعة من القماش ليحيكها حلة له فأتلفها ، أو عهدت إليه عروس بحياكة فستان للزفاف وقد تم الزفاف ، أو كما إذا أقام مقاول البناء المبنى وعلا بالأدوار الأولى منه على خلاف المواصفات والتصميم الموكول إليه تنفيذه مما لا يمكن معه تدراك هذا الخطأ ، لأن الأدوار التالية ستكون على غرار الأدوار الأولى معيبة .

ففى الصور السالفة، يجوز لرب العمل أن يطلب القضاء بفسخ العقد والتعويض، لأنه لا جدوىمن إلزام رب العملبالانتظارحتى ينقضى الموعد

المحدد فى العقد لانتفاء التنفيذ ، مادام قد ثبت على وجه اليقين أن المقاول لن يستطيع تنفيذ العمل المطلوب وفقا لما هو منصوص عليه فى العقد .

٤٨ ـ تأخر المقاول فى تنفيذ العمل تأخرا لا يرجى تداركه :

قـــد يتأخر المقاول فى بدء تنفيذ العمل الموكول إليه أو يبدأ فيه دون تأخير ولكنه يتباطأ فى تنفيذه ، بحيث يكون الواضح أنه لا يرجى مع هذا التأخير إنجاز العمل فى الأجل المتفق عليه ، أو فى المدة المعقولة، إذا لم يتفق عـــلى أجل لتنفيذه. ومثال ذلك أن يتفق مؤلف مع مطبعة على أن تنجز طبع مؤلفه فى ميعاد معين ، أو يتفق عارض مع مقاول على أن ينجز صنع أشياء لعرضها فى معرض معروف تاريخ افتتاحه فيكون هناك اتفاق ضمنى على أن المقاول ينجز العمل قبل افتتاح المعرض .

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على حكم هذه الحالة فى المادة ٨٧٠ من المشروع ، وكانت تجرى على أن : " إذا تأخر المقاول فى أن يـــبدأ العمل أو فى أن ينجزه تأخرا لا يرجى معه مطلقا أن يتمكن من القيام بالعمل كما ينبغى فى المدة المتفق عليها ، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم " .

وقـــد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أن هذا الحكم يخالف القواعد العامة ، التى لا تجيز طلب الفسخ إلا إذا حصل الإخلال بالالتزام فعلا " ، ولكن حذف النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة " [١].

---

(١) مجموعـــة الأعمـــال التحضيرية جـــ ٥ ص ١٤ الهامش - وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

=

فيحق لرب العمل أن يطلب فسخ العقد وتعويض ما أصابه من أضرار، ولو أن الموعد المحدد للانتهاء من العمل لم ينقض بعد . ولا شك أن هذا الرأى يتفق مع المنطق ، فما دام من المؤكد أن المقاول لن ينفذ التزامه فى موعده ، وبالتالي أنه سيكون لرب العمل الحق فى فسخ العقد والتعويض عندما يحل هذا الموعد دون تنفيذ ، فلا يكون هناك أى مبرر لإلزام رب العمل بالانتظار حتى يحل الموعد المحدد أصلا للتنفيذ [1].

=" اقتبس المشروع هذا النص عن تقنين الالتزامات السويسرى (٣٦٦ فقرة أولى) والتقنين البولونى (م٨٨٤) والتقنين الفرنسى(م٨٧٠) والتقنين اللبنانى (م ٦٦١)، وهو يجيز لرب العمل فسخ العقد إذا تأخر المقاول فى إنجاز العمل تأخرا لايرجى معه مطلقا أن يتمكن من القيام به فى المدة المتفق عليها والتقنين الألمانى (م٦٣٦) يقصر هذا الجزاء على حالة عدم احترام الأجل المتفق عليه ، أما المشروع فهو يجيز الفسخ حتى قبل مرور الأجل، إذا تبين أنه لا أمل مطلقا فى إنجاز العمل فى المدة المتفق عليها . وقد أخذ التقنينان اللاتينى والجرمانى هذا المبدأ عن التقنين الأنجلو سكسونى ، وخاصة عن التشريع الأمريكى المنظم لأحكام العقود الصادرة فى سنة ١٩٣٢، وهو يسمح بطلب الفسخ مقدما إذا تأخر المقاول فى تنفيذ التزامه لدرجة يصبح معها ثابتا أو محتملا جدا أنه لن يتمكن من إتمامه فى الميعاد فيكون بذلك قد أخل مقدما بالتزامه . وهذا الحكم يخالف القواعد العامة التى لا تجيز طلب الفسخ إلا إذا حصل الإخلال بالالتزام فعلا ". مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ١٤ الهامش " .

(١) محمد لبيب شنب ص ٩٥ – ويذهب الدكتور السنهورى ص ١٠٩ إلى أنه : " وإذا شئنا أن نستند إلى نص ، أمكن أن نقرب هذه المسألة من المسألة التى عرضت لها الفقرة الثانية من المادة ٦٥٠ مدنى حين تقول " على أنه يجوز =

وقــد ذهــب البعض إلى أنه ليس صحيحا ما ورد بمذكــرة المشروع التمهيدى من أن الحكم المحذوف يخالف القواعد العامة . وأنه يجب الأخذ به بالرغم من حذفه [(١)].

حقــا إن الإخلال بالالتزام العقدى لا يتحقق إذا لم يكن الموعد المحدد لتنفــيذه قــد حل ، ولكن تنفيذ العقود يجب أن يتم بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (م ١/١٤٨ مدنى) ، وحسن النية يوجب على المقاول أن يــبدأ فى تنفيذ العمل فى وقت يسمح له بالانتهاء منه فى الموعد المحدد لذلــك، فإذا تأخر فى البدء فى العمل تأخرا لا يرجى معه إطلاقا ، بالنظر إلى طبــيعة العمل ، وإلى إمكانيات المقاول ، أن ينتهى التنفيذ فى الموعد المحــدد لذلك، فإن هذا المسلك من جانب المقاول يعتبر جحودا مبتسرا لعقده ، ويتضمن الإخلال بواجب مراعاة حسن النية فى تنفيذه لالتزامه ، بحيــث يستأهل الجزاء المقرر للإخلال بالعقود، ولايقتصر الجحود المبتسر عــلى تــأخير المقاول فى بدء العمل ، بل يشمل أيضا حالة ما إذا صرح

=طلــب فسخ العقد فى الحال دون حاجة إلى تعيين أجل ، إذا كان إصلاح ما فى طــريقة التنفيذ من عيب مستحيلا " . ففى الحالتين ارتكب المقاول خطأ لا يمكــن تداركه ، فهو إما أن يكون قد نفذ العمل تنفيذا معيبا لا يمكن تداركه، وإمــا أن يكون قد تأخر فى البدء به أو تأخر فى إنجازه بحيث لايمكن إنجازه فى المــيعاد فــيكون التنفيذ هنا أيضا مشوبا بعيب لا يمكن تداركه . وقد رأينا أن هــناك نصــا صريحا (م ٢/٦٥٠ مدنى) فى إحدى الحالتين يجيز لرب العمل أن يطلب الفسخ فورا ، فتقاس على هذه الحالة الحالة الأخرى " .

(١) السنهورى ص ١٠٩ - محمد لبيب شنب ص ٩٤ وما بعدها .

المقاول بأنه لن ينفذ العمل، أو إذ اتخذ مسلكامن شأنه أن ينم عن نيته فى عـــدم التنفيذ، أو أن يأتى بفعل من شأنه أن يجعل تنفيذ التزامه مستحيلا. كما لو تعاقدت فرقة تمثيلية مع صاحب مسرح على تقديم بعض الروايات على مسرحه فى خلال أسبوع معين ، وقبل حلول هذا الأسبوع تعاقدت مـــع صاحب مسرح آخر على التمثيل خلال الأسبوع نفسه، ففى هذه الحالة يجوز لرب العمل وهو صاحب المسرح أن يعتبر هذا المسلك جحودا من الفرقة، وأن يفسخ العقد دون انتظار لحلول الموعد المحدد لتنفيذ العقد ، وذلـــك يتـــيح له أن يتعاقد مع فرقة أخرى وهو ما يكفل له ألا يبقى مســـرحه بلا فرقة ، وهو ما يحدث له لو انتظر حلول موعد تنفيذ الفرقة الأولى (١).

كما ذهب البعض إلى أن الإخـــلال بالالتزام قد حصل مقدما وعلى وجـــه محقق ، كما تقول مذكرة المشروع التمهيدى ، فقد جاء بـــها : "فيكون بذلك قد أخل مقدما بالتزامه " (٢).

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٩٥ وما بعدها – فتيحه قره ص ١٢٩ هامش (١) .

(٢) السنهورى ص ١٠٨ – فتيحه قره ص ١٢٩ .

(الالتزام الثانى)
(تسليم العمل محل المقاولة)

٤٩- المحل الذى يرد عليه التسليم :

المحل الذى يرد عليه التسليم فى عقد المقاولة هو ذاته العمل محل المقاولة أى العمـــل المطلوب إنجازه ، سواء أكان المقاول هو الذى قدم المادة ، أم أن رب العمل هو الذى قدمها .

وهو فى الحالتين يلتزم بتسليم العمل المتفق عليه، بمقتضى التزام بالتسليم ناشئ عن عقد المقاولة. ويمكن أيضا فى الحالة الأولى أن يلزم بالتسليم فيما يـــتعلق بالمادة التى قدمها بموجب التزام البائع بتسليم المبيع إذا كان للمادة التى قدمها المقاول قيمة محسوسة ، إذ العقد يكون فى هذه الحالة مزيجا من المقاولة والبيع . أما فى الحالة الثانية وهى التى يقدم فيها رب العمل المادة فــإن المقاول يلزم أيضا بردها بموجب دعوى الاسترداد ، إذ رب العمل يبقى مالكا للمادة [١].

ويلتزم المقاول أيضا بأن يرد إلى رب العمل ما تبقى من المادة التى قدمها رب العمل إن وجد، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٤٩ مدنى- كما رأيـــنا – عـــلى أن : " إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة ، فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها ، وأن يؤدى حسابا لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقى منها " .

---

(١) السنهورى ص ١١١ – محمد كامل مرسى ص ٤٨٤ .

كذلك يلتزم المقاول بأن يرد إلى رب العمل المستندات والوثائـــق التى تكون قد أودعت لديه لحاجة العمل، كالمستندات المثبتة لملكية رب العمل الأرض الــــتى أقيم البناء عليها، والرسومات الخاصة بـــهذا البناء. أو أى أدوات يكــــون قد تسلمها من رب العمل و لم يعد هناك داعيا لاحتفاظ المقاول بـــها .

٥٠ ـ كيفية التسليم :

يكون تسليم العمل المتفق عليه، بوضع العمل تحت تصرف رب العمل، بحيث يستطيع الاستيلاء عليه والانتفاع به دون عائق . ولايشترط لتمامه أن يضـــع رب العمل يده فعلا عليه ، مادام المقاول قد أعلمه بذلك، إذ يجب فى هذا المجال أن نفرق بين تسليم العمل وتسلمه، فتسليم العمل يتم بمجـــردوضعه تحت تصرف رب العمل، فلا يحتاج إلىعمل يقوم به هذا الأخير ، أما تسلم العمل فهو التزام على رب العمل [١].

وتخـــتلف طريقة التسليم باختلاف العمل أو الشئ موضوع المقاولة . فالحائك يسلم صاحب الثوب يدا بيد .

وكذلك النجار والصائغ والسباك و غيرهم من أصحاب الحـــرف . ومقـــاول البناء يسلم البناء بالتخلية بينه وبين صاحب العمل ووضعه إياه تحـــت تصرفه . وقد يتم ذلك بتسليمه المفاتيح. والمقاول الذى قام بصنع شـــئ أو تحويله ، أو إصلاحه ... إلخ يسلمه إلى صاحب العمل بوضعه تحت تصرف رب العمل على النحو السالف ذكره .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٩٩- محمد عبد الرحيم عنبر ص ١٤٩ .

وإذ قـــام المقـــاول بعمل لا تنتقل حيازة الشئ فيه من صاحب العمل ، كالسباك يصلح المواسير ، والنقاش يدهن الجدران ... إلخ فإن التسليم هنا يكـــون بتخلية السبيل أمام صاحب العمل أو بوضع الشئ الذى تم العمل فيه تحت تصرفه لينتفع به .

٥١ـ ميعاد التسليم :

يكـــون التسليم فى الميعاد المتفق عليه بين المتعاقدين فإذا لم يتفق على موعد لتسليم العمل ، ولكن وجد اتفاق على موعد لانتهاء تنفيذ العمل، وجب إجراء التسليم فور هذا الانتهاء . أما إذا لم يحدد موعد لا للتسليم ولا لإنجـــاز العمـــل، وجب أن يتم التسليم فى موعد معقول ، يراعى فى تحديده طبيعة العمل ، وما يستغرقه عادة من الوقت ، وإمكانيات المقاول المعلومة لرب العمل ، والغرض المقصود من المقاولة إذا كان المقاول يعلم به ، كما يجب أن يراعى فى ذلك عرف المهنة .

وقـــد يستخلص هذا الميعاد من الظروف، فالشئ المصنوع لتقديمه فى مســـابقة أو مناقصة أو لعرضه فى معرض يكون ميعاد تسليمه قبل حلول موعـــد المســـابقة أو المناقصة أو قبل حلول افتتاح المعرض ، ولو لم يتفق المـــتعاقدان عـــلى ذلك صراحة ، كذلك إذا كان العمل هو تشييد مبنى لاستخدامه كجناح فى معرض ، فيجب تسليم هذا المبنى فى موعد سابق عـــلى اليوم المحدد لافتتاح المعرض ، بحيث تكون هناك فسحة من الوقت تتيح لرب العمل تنظيم وتنسيق هذا الجناح ووضع معروضاته فيه [١].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٠٠ — محمد عبد الرحيم عنبر ص ١٥٠ .

٥٢- حق المقاول فى الحبس :

إذا حل ميعاد التسليم، وكان للمقاول أجر فى ذمة رب العمل ، سواء كان الأجر كله أو جزءا منه ، ولم يقم رب العمل بدفعه إلى المقاول ، ولم يعرض الوفاء به، جاز لرب العمل فى هذه الحالة أن يحبس العمل حتى يستوفى أجره طبقا للقواعد العامة فى الحبس (م٢٤٦ مدنى) وفى الدفع بعدم التنفيذ (م١٦١ مدنى) .

وطبقا للقواعد العامة يلتزم المقاول بأن يسلم العمل ولو لم يستوف ما هو مستحق له قبل رب العمل، إذا قام هذا الأخير بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزاماته (م ١/٢٤٦ مدنى) .

وحق المقاول فى الحبس لا يتناول فقط الأشياء التى صنعها رب العمل بمواد من عنده ، بل يشمل أيضا كل ما سلمه رب العمل للمقاول لاستخدامه فى إنجاز العمل، فيحق للمقاول أن يحبس المادة التى قدمها رب العمل لصنع الشئ المتفق عليه، سواء ما استعمل منها فى الشئ أو ما بقى دون استعمال ، ويتناول أيضا المهمات والمستندات والوثائق والرسوم والنماذج والتصميمات التى يكون رب العمل قد سلمها للمقاول .

ولكن إذا اقتصر عمل المقاول على شئ فى حيازة صاحبه ، كالسباك الذى يصلح المواسير والمقاول الذى يحفر مكانا أو يهدم حائطا، فليس للمقاول الحق فى حبس هذا المكان لأن المكان لم يخرج من حيازة صاحبه.

وللمقاول الاحتجاج بحق الحبس فى مواجهة رب العمل وخلفه العام وخلفه الخاص وفى مواجهة دائنى رب العمل العاديين والممتازين (١).

---

(١) السنهورى ص ١١٣ .

وحق الحبس المقرر للمقاول حتى يستوفى أجره تسرى فى شأنه القواعد العامـــة فى الحق فى الحبس . ولما كان حق الحبس غير قابل للتجزية ، فإنه يجوز للمقاول أن يحبس كل العمل حتى يستوفى أى جزء باق له من الأجر. وذلك ما لم يتفق على أن الأجر يدفع على أقساط بحسب ما يتم إنجازه من العمل ، فما تم إنجازه ودفع أجره لا يجوز حبسه ولا تحبس إلا الأجزاء من العمـــل التى تمت ولو لم يستوف المقاول أجرها . وإذا سلم المقاول الشئ محـــل المقاولـــة مختارا انقضى حق حبسه. ويترتب على ذلك أن الصانع إذا سلم المصنوع لرب العمل، ثم أعاده رب العمل للصانع لعمل إصـــلاحات فـــيه ، جاز للصانع أن يحبسه فى مقابل الأجر المستحق لهذه الإصـــلاحات الأخيرة ، دون الأجر المستحق لصنع الشئ ذاته فقد سقط حقه فى الحبس لهذا الأجر بعد أن سلم المصنوع لرب العمل [1].

٥٣ ـ مكان التسليم :

يكون التسليم فى المكان المتفق عليه ، فإذا خلا عقد المقاولة من تحديد مكان التسليم، كان التسليم فى المكان الذى يحدده عرف المهنة أو الصنعة.

وإذا انصرف التسليم إلى عقار كان التسليم فى مكان العقار .

أما إذا كان التسليم واقعا على منقول سبق للمقاول أن تسلمه من رب العمل، فإنه يلتزم برده إليه فى نفس المكان الذى تسلمه فيه ، أما إذا كان المـــنقول غير موجود وقت العقد كما لو كان المطلوب من المقاول صنعه، فيجب تسليمه فى موطن المقاول، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله إذا كان العمل يدخل ضمن هذه الأعمال، وهو الغالب (م٣٤٧/١ مدنى).

---

(١) قدرى الشهاوى ص ١٤٣ .

٥٤- جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم :

إذا لم يقم المقاول بتنفيذ التزامـــه بالتسليم ، وذلك بوضـــع العمل تحت تصرف رب العمل فى الوقت المحدد لذلك ، وفى المكان الواجب تسليمه فـــيه . كان لرب العمل — طبقا للقواعد العامة — بعد إعذار المقاول إما طلب التنفيذ العينى أو الفسخ مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض.

ونعرض لهاتين الحالتين فيما يلى .

(أ) — التنفيذ العينى :

لـــرب العمل أن يطلب التنفيذ العينى ، فيجبر المقاول على التسليم إذا كـــان هذا ممكنا وإذا كان التسليم يقتضى تدخل المقاول شخصيا، جاز للدائـــن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بـــهذا التسليم ، وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك (م٢١٣/١ مدنى) .

وإذا كـــان يمكن الحصول على مثل المتفق عليه ، جاز لرب العمل أن يطلـــب ترخيصا من القضاء فى الحصول عليه على نفقة المدين (م٢٠٩/١ مدنى) . ويجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ رب العمل الالتزام على نفقة المدين ، دون ترخيص من القضاء (م٢٠٩/٢ مدنى) .

ولكن لا يجوز إجبار المقاول على تسليم العمل إلا إذا كان قد انتهى مـــنه، فقـــد يكـــون فى تسليمه ناقصا إضرارا بسمعته الفنية أو الأدبية ، وتقديـــر ما إذا كان العمل قد تم تنفيذه أم لا مسألة موضوعية ، يفصل فـــيها القضـــاء مستعينا بآراء أهل الخبرة ، مع مراعاة أنه إذ كان العمل المطلوب من أعمال الفن كرسم لوحة أو عمل تمثال ، أو كان عملا أدبيا كتألـــيف كـــتاب، فإن الحكم الوحيد فى مسألة انتهاته يكون هو الفنان

نفســه، بحيث لا يمكن أن يجبر على التسليم إذا كان غير راض عن عمله، معتقدا أن وضعه فى يد الغير سيضر بسمعته الفنية أو الأدبية . أما إذا قرر الفنان بنفسه أنه انتهى من العمل وأعلن رضاءه عنه ، فإنه يلتزم بتسليمه إلى رب العمل ، فإذا امتنع عن ذلك طمعا فى زيادة أجره ، أو جريا وراء هوى ، فإنه يجبر على هذا التسليم [١].

والالـــتزام بالتســـليم التزام بتحقيق غاية ، ومن ثم فإن مجرد عدم قيام المقـــاول بالتسليم يعتبر إخلالا منه بالالتزام فلا يطالب رب العمل بإثبات خطـــأ فى جانـــب المقاول، فعدم التسليم فى ذاته هو الخطأ . ولا تنتفى مســـئولية المقاول إلا إذا أثبت السبب الأجنبى ، أو إذا أثبت أن العمل قد هلك أو تلف وأنه بذل فى المحافظة عليه عناية الشخص المعتاد لأن التزامه بالمحافظة على العمل التزام ببذل عناية ويكفى لانتفاء المسئولية فيه أن يثبت أنه قام بالتزامه من بذل عناية الشخص المعتاد. وفى غير هذه الحالة الأخيرة يجب على المقاول أن يثبت السبب الأجنبى لينفى عن نفسه المسئولية .

فـــإذا كان الإخلال بالالتزام هو مجرد التأخر فى تسليم العمل بعد إعذار رب العمل بالتسليم، كان المقاول مسئولا عن تعويض رب العمل عن هذا التأخير ، ما لم يثبت أن هذا راجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى كما فى حالة تأخر رب العمل فى تسليم المواد اللازمة للعمل أو فى دفع الأقساط المســـتحقة أو طلـــبه إدخال تعديلات اقتضت هذا التأخير . أما إذا كان

---

(١) السنهورى ص ١١٥ وهامش (١)- محمد لبيب شنب ص ١٠٢ وما بعدها .

الإخلال بالالتزام مرجعه عدم التسليم أصلا ، فإن المقاول لا يتخلص من المسئولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبى . فإذا لم يثبت ذلك ، وجب دفع التعويض كاملا . بينما إذا أثبت السبب انتفت مسئوليته [1].

(ب) — الفسخ :

لرب العمل بدلا من طلب التنفيذ العينى أن يطلب فسخ العقد، ويلجأ رب العمل إلى الفسخ عادة إذا أصبح تسليم العمل مستحيلا، وحتى تبرأ ذمته من الأجر المستحق للمقاول .

ويخضع الفسخ لتقدير القاضى ، فهو غير ملزم بالقضاء به ، فقد يرى أن ما لم يسلمه المقاول قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته ، أو إذا كان التأخير فى التسليم طفيفا و لم يلحق برب العمل ضررا كبيرا ، فيقضى برفض طلب الفسخ .

وقد يرى القاضى إمهال المقاول حتى يقوم بالتنفيذ العينى (م ١٥٧/٢ مدنى) وذلك كله طبقا للقواعد العامة فى الفسخ .

غــير أن القاضى يكون ملزما بإجابة طلب الفسخ إذا اتفق فى العقد على الشرط الصريح الفاسخ.

وللقاضى أن يحكم مع الفسخ بالتعويض عن الأضرار التى لحقت برب العمل .

٥٥ـ تبعة هلاك الشئ قبل التسليم :

تنص المادة ٦٦٥ مدنى على أن :

---

(١) السنهورى ص ١١٥ وما بعدها — قدرى الشهاوى ص ١٤٥ .

" ١- إذا هلك الشئ بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته ، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين .

٢- أما إذا كان المقاول قد أعذر أن يسلم الشئ ، أو كان هلاك الشئ أو تلفه قبل التسليم راجعا إلى خطئه . وجب عليه أن يعوض رب العمل عما يكون هذا قد ورده من مادة للعمل .

٣ - فإذا كان رب العمل هو الذى أعذر أن يتسلم الشئ ، أو كان هلاك الشئ أوتلفه راجعا إلى خطأ منه ، أو إلى عيب فى المادة التى قام بتوريدها ، كان هلاك المادة عليه وكان للمقاول الحق فى الأجر وفى التعويض عند الاقتضاء " .

وهذه المادة تتناول حكم هلاك الشئ قبل التسليم وتعرض ثلاث صور:

الصورة الأولى :

هلاك الشئ بحادث فجائى :

أوردت حكم هذه الصورة الفقرة الأولى من المادة إذا هلك الشئ بسبب حادث فجائى ، ويأخذ حكم الحادث الفجائى القوة القاهرة . فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته ، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين .

ومثال ذلك أن يتعاقد رب العمل مع نجار على صنع أثاث ، أو مع حائك لصنع ثوب، وقبل أن يسلم النجار الأثاث أو يسلم الحائك الثوب، احترق المكان فاحترق الأثاث أو الثوب، أوسرق الأثاث أو الثوب ، وكان الحريق أو السرقة بقوة قاهرة ولم يثبت تقصير فى جانب المقاول،

فالتبعة هنا يتحملها المقاول فيما قدمه من عمل ومادة . وإذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة فإنه يتحمل التبعة .

ويقع على عاتق المقاول عبء إثبات الحادث الفجائى أو القوة القاهرة.

الصورة الثانية :

هلاك الشئ بخطأ المقاول :

نصت على حكم هذه الصورة الفقرة الثانية من المادة . فإذا كان رب العمل قد أعذر المقاول أن يسلم الشئ فلم يقم بتسليمه ، أو كان هلاك الشئ أو تلفه راجعا إلى خطأ المقاول فإن الهلاك يكون على المقاول ولا يرجع بقيمة الشئ الذى قدمه ولا يأخذ أجرا على عمله ولا يسترد نفقاته . ويلزم بتعويض رب العمل عما أصابه من أضرار .

أما إذا كان رب العمل هو الذى ورد الشئ ، فإن المقاول لا يأخذ أجرا ولا يسترد نفقاته ، ويجوز لرب العمل الرجوع عليه بقيمة المادة وبالتعويض عما أصابه من ضرر .

فقد ساوى النص بين إعذار المقاول رب العمل لتسلم الشئ المتفق عليه، وعدم استلامه له ، وبين الحالة التى يكون فيها الهلاك بخطأ من رب العمل .

الصورة الثالثة :

هلاك الشئ بخطأ رب العمل :

نصت على حكم هذه الصورة الفقرة الثالثة من المادة .

فإذا كان المقاول قد أعذر رب العمل لتسلم الشئ فلم يقم باستلامه، أو كان الهلاك بخطأ رب العمل ، كوجود عيب فى الشئ . فإن رب العمل

هو الذى يتحمل تبعة الهلاك . فإذا كان المقاول هو الذى ورد الشئ لرب العمل، فإن الأخير هو الذى يتحمل الخسارة الناجمة عن الهلاك، ويلتزم أجر المقاول ونفقاته.

وإذا كـــان رب العمل هو الذى قدم الشئ، فإنه يتحمل وحده قيمة الخســـارة، ويلتزم دفع الأجر والنفقات كاملة إلى المقاول،ولايرجع عليه بشئ.

٥٦ـ الهلاك بعد التسليم :

إذا وقع هلاك الشئ بعد تسليمه إلى رب العمل، فمعنى ذلك أن المقاول قـــد نفـــذ التزامه ، وبالتالي فإنه لا يكون هناك محل للكلام عن استحالة التنفـــيذ بالهلاك، أو انفساخ العقد ، ولذلك فإن تبعة الهلاك بعد التسليم تقـــع على رب العمل ، فيظل ملتزما بدفع أجر المقاول كاملا إن لم يكن قـــد وفـــاه بعد ، فإن كان قد دفعه فعلا ، فلا يجوزله استرداده ، كما لايجوزله أن يرجع على المقاول بشئ [١].

٥٧ـ إنتقال ملكية الشئ محل المقاولة إلى رب العمل :

إذا كان العمل المكلف به المقاول قطر سيارة معطلة أو تنظيف ثوب، أو عرض مسرحية ، فمن الواضح أنه لا يترتب على المقاولة إنشاء التزام بإعطـــاء على عاتق المقاول ، وبالتالي لا يترتب عليها نقل ملكية شئ إلى رب العمل .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٠٩ .

كذلك إذا كان محل المقاولة صنع شئ من مـــواد قدمها رب العمل ، فـــإن هذه المواد تكون مملوكة ابتداء لرب العمل ، ولا يترتب على تنفيذ التزام المقاول نقل ملكيتها إلى رب العمل .

أما إذا اتخذت المقاولة صورة الاستصناع، بأن قدم المقاول بالإضافة إلى عملـــه المواد اللازمة لصنع الشئ ، كالحائك الذى يحيك حلة بقماش من عـــنده ، فإنه يترتب على تنفيذ عقد المقاولة أن يصبح رب العمل مالكا للشئ محل المقاولة ، فيكون عقد الوكالة ناقلا للملكية .

وقد انقسم الرأى فى تحديد الوقت الذى ينتقل فيه محل المقاولة فى هذه الصورة إلى رب العمل . فذهب رأى إلى أن الملكية تنتقل إلى رب العمل متى وجد الشئ بتمام صنعه ، وتعين بذاته ، ودون أن يكون رب العمل قد عاين محل الوكالة وقبله أو تسلمه [١].

وذهب رأى آخر إلى أن ملكية محل المقاولة لا تنتقل إلى رب العمل إلا من وقت تسليم الشئ إلى رب العمل [٢].

وذهـــب رأى فى الفقه المصرى – نؤيده– إلى أنه إذا كان من الممكن أن تنتقل الملكية إلى رب العمل ابتداء من انتهاء صنع الشئ ، لوجوده فى ذلـــك الوقت معينا بذاته ، فإن تقرير انتقال الملكية فعلا فى هذا الوقت لا يمكـــن أن يكون نـــهائيا ، لأن رب العمل يستطيع أن يرفض الشئ إذا

(١) مـــدنى أول أغسطس ١٩٥٠ دالوز ١٩٥١ –٦٨ قسم الأحكام المختصرة– مشار إليه فى مؤلف الدكتور محمد لبيب شنب ص ١١٣ .

(٢) عرائض ٢٠ مارس ١٨٧١ مشار إليه فى مؤلف محمد لبيب شنب ص ١١٤ .

وجده غير مطابق للمواصفات المتفق عليها، ولايسقط حقه هذا إلا إذا قام بمعايـــنة الشئ وقبله، فابتداءمن‌هذا الوقت لايستطيع أن يرفضه ، وبالتالي يكون من الممكن أن تستقر لديه الملكية نـــهائيا، ولذلك فإنه يبدو أكثر اتفاقـــا مـــع طبيعة عقد الاستصناع ومع الأحكام المترتبة عليه، القول أن الملكـــية فيه تنتقل من وقت قبول رب العمل وليس من وقت انتهاء صنع الشئ ، ولكن متى تم هذا القبول انتقلت الملكية ، ولو لم يتم تسليم الشئ، إذ لا يضيف هذا التسليم أمرا له قيمة فيما يتعلق بانتقال الملكية [١].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١١٤ .

(الالتزام الثالث)
(الالتزام بالضمان)

٥٨ ـ تقسيم :

هناك أحكام عامة للضمان تسرى على كافة المقاولين ، وهناك أحكام خاصـــة لضمان المهندس المعمارى والمقاول للمنشآت الثابتة التى يقومان بتشـــييدها ، لما لذلك من أهمية خاصة . وسنتناول أولا أحكام الضمان بوجه عام ، ثم نتناول الأحكام الخاصة بضمان المهندس المعمارى والمقاول للمنشآت الثابتة التى يقومان بتشييدها.

(أولا)
الضمان بوجه عام

٥٩ — (١) ـ ضمان المقاول للمادة التى يقدمها :

راجع فى التفصيل بند (٢/٤١) .

٦٠ـ(٢) ـ مسئولية المقاول عن المادة التى يقدمها رب العمل :

.راجع فى التفصيل بند (٤٢/ب) .

٦١ـ (٣) ـ ضمان المقاول لعيب فى الصفة :

تناولـــنا فيما سلف بند (٣٨) ، ضمان المقاول لكل عيب فى الصنعة تقضى أصول الحرفة بأن يكون مسئولا عنه ، فنحيل إليه فى تفصيل ذلك.

غير أنه يثور البحث فى الحالة التى يكون فيها رب العمل قد أقر ما قام بـــه المقاول من عمل بعد معاينته واعترافه بأنه تم صحيحا مطابقا لما هو مـــتفق عليه ولما توجبه الأصول الفنية ، دون أن ينكشف وجود عيب فى البناء ، ثم تكشف له فيما بعد هذا العيب .

ذلــك أن القانون لم يضع نصا ينظم هذه المسألة ، كما فعل بالنسبة لضــمان المهندس المعمارى والمقاول للمنشآت التى يقومان بتشييدها — كما سنرى– وبالتالي فإنه لا مناص فى هذا الشأن من الرجوع إلى القواعد العامة وهذه القواعد تميز بين فروض ثلاثة :

الفرض الأول :

أن يكون العيب ظاهرا وقت القبول :

بمعــنى أن يكون العيب فى الصنعة واضحا بحيث أنه كان فى استطاعة رب العمل أو من أنابه عنه أن يكتشفه لو بذل فى فحص العمل ما يبذله الشخص المعتاد، فإن قبول العمل رغم ظهور هذا العيب، يسقط حق رب العمل فى الرجوع على المقاول بالضمان . إذ أن قبول رب العمل له دون تحفــظ رغــم علمه بــهذه العيوب ، يفيد أنه قدر أنــها لا تؤثر على العمــل ولا تــنقص من قيمته ، أو أنه قد نزل عن حقه فى الرجوع على المقاول بضمانــها، وإذا كان رب العمل لم يكتشف هذه العيوب لأنه لم يبذل فى فحص العمل عناية الشخص المعتاد ، فإنه يكون مهملا وعليه أن يتحمل نتيجة إهماله ، فلا يكون له أيضا الرجوع على المقاول بالضمان[١].

الفرض الثانى :

أن يكون المقاول قد أخفى غشا العيب فى الصنعة: فلم يستطع رب العمــل أن يكتشــفه وقت تسلم الشئ أو تقبل العمل. ففى هذا الفرض يكون المقاول مسئولا عن غشه .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١١٧ وما بعدها – ص ١٢٥ وما بعدها .

ويكون لرب العمل الرجوع بالضمان على المقاول ، إما بإصلاح العيب إذا كان ممكنا مع التعويض ، أو بالفسخ مع التعويض . وإذا كان التنفيذ العيني أى إصلاح العيب مرهقا للمقاول ، جاز الاقتصار على طلب التعويض طبقا لأحكام المادة ٢٠٣/٢ مدنى .

ويبدأ الضمان من وقت اكتشاف العيب ، وفى خلال ثلاث سنوات من هذا الوقت، لأن أساس رجوع رب العمل المسئولية التقصيرية المنصوص عليها بالمادة ١٦٣ مدنى .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٧٢ مدنى على أن : " تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع " .

الفرض الثالث :

أن يكون العيب خفيا :

والمقصود بهذا الفرض أن يكون العيب ليس من الوضوح بحيث يمكن للشخص العادى كشفه وقت التسلم أو تقبل العمل، و لم يخفه المقاول غشا عن رب العمل .

وفى هذا الفرض يضمن المقاول هذا العيب لأن القبول باعتبار موافقة على العمل الذى قام به المقاول والإقرار بأن هذا العمل قد تم مطابقا لما هو متفق عليه ، لا يمكن أن يفيد هذه الموافقة وهذا الإقرار إلا إذا صدر ورب العمل على علم بكل ظروف الحال .

غير أنه يشترط لهذا الضمان بداهة أن تكون هذه العيوب الخفية قديمة أى موجـــودة فى العمـــل عند معاينته وإقراره ، أو على الأقل أن يكون مصدرها موجودا فى ذلك الوقت ، أما إن نشأت العيوب بعد القبول فلا ضـــمان عـــلى المقاول ، وعلى ذلك فإذا ثبت أن الأخشاب التى وردها المقاول واستعملها فى البناء كانت مسوسة، فإن المقاول يضمن هذا العيب، وإن لم ينتشر السوس فى الخشب إلا بعد القبول، أما إن لم يصب الخشب بـــهذه الحشرة إلا بعد القبول فلا ضمان على المقاول (١).

٦٢- مدة ضمان العيب الخفى :

يذهب رأى إلى أن المقاول يبقى ضامنا للعيب الخفى المدة القصيرة التى يقضى بـــها عرف الحرفة ، لأن العرف فى عقد المقاولة مكمل لنصوص القانون ويجوز أن يصل إلى حد تقرير مدة تتقادم بـــها دعوى الضمان . وقد يستخلص من سكوت رب العمل بعد كشفه العيب أنه قد نزل نزولا ضمنيا عن دعوى الرجوع بالضمان على المقاول .

ويستند هذا الرأى فى ذلك إلى أن المشروع التمهيدى كان يتضمن نصا فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٩٠٠ من المشروع تنص على مـــا يأتى :

"١- على رب العمل، فى المقاولات الصغيرة ، أن يستعمل ما تقرر له من حقوق بسبب العيب فى تنفيذ العمل فى الميعاد الذى يحدده العرف المعمول بـــه فى هـــذا النوع من الصناعة إن كان هناك عرف متبع ، فإن لم يوجد وجـــب رفع الدعوى بـــهذه الحقوق فى خلال ستة أشهر من وقت تسلم العمل .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١١٩ .

٢- أما فى المقاولات الكبيرة فإن دعاوى المسئولية الخاصة التى تستند إلى المـــواد من ٨٩٤ إلى ٨٩٦ ودعاوى المسئولية الأخرى التى تستند إلى القانون العام فى العيوب غير المشار إليها فى هذه المواد، يجب رفعها خلال ســـنتين مـــن وقت الكشف عن هذه العيوب " ، وأن لجنة المراجعة قد حذفت الفقرة الأولى والعبارة الخاصة بدعاوى المسئولية عن العيوب التى تســـتند إلى القـــانون العام فى الفقرة الثانية لصعوبة التمييز بين المقاولات الكـــبيرة والصغيرة أولا ، ولوجوب التمييز بين العيوب الخاصة والعيوب التى تستند إلى القانون العام ثانيا .

(مجموع الأعمال التحضيرية جزء ٥ ص٣٠ –٢٣١) [1].

بيـــنما ذهـــب رأى آخر إلى أن التزام المقاول بضمان العيب الخفى لايتقادم إلا بخمس عشرة سنة [2].

ويرد أنصار هذا الرأى على ما يوجهه خصومه من نقد بمقولة إنه يؤدى إلى أن تكون مسئولية المقاول عموما أشد من المسئولية الخاصة التى قررها المشرع لمقاولى البناء والمهندسين المعماريين فى المادة ٦٥١، والتى تشترط للمســـاءلة أن يظهر العيب فى خلال عشر سنوات من وقت قبول العمل، فى حين أن قصد المشرع واضح فى أن تكون مسئولية مقاولى البناء مسئولية خاصة مشددة عن المسئولية التى تمليها القواعد العامة على المقاولين، وما يراه هؤلاء الشراح من أن احترام قصد المشرع لايتحقق إلا بتقرير أن قبول

---

(١) السنهورى ص ١٢٧ وما بعدها وهامش (١) – قدرى الشهاوى ص ١٥١.

(٢) محمد لبيب شنب ص ١١٨ وما بعدها – فتيحه قره ص ١٤٦ وما بعدها .

العمل فى غير الحالات التى تحكمها المادة ٦٥١، يعفى المقاول من العيوب التى قد توجد فى عمله، سواء كانت هذه العيوب ظاهرة أم خفية .
ويبررون هذا الحكم بأن المشرع أراد أن يحسم النزاع حول هذه العيوب بمجرد القبول، لأن إباحة إثارتها لمدة طويلة بعد ذلك يهدد استقرار المعاملات ، فضلا عن صعوبة إثبات عيوب العمل إذا مضى وقت طويل على إقرار رب العمل له .

وهذا الرد يتمثل فى أن الأحكام الخاصة بمسئولية مقاولى المبانى والمهندسين المعماريين تظل أشد من الأحكام العامة فى المسئولية عن العيوب الخفية ، بالرغم من تقرير عدم تقادم دعوى الضمان إلا بمضى خمس عشرة سنة ، ذلك أن المشرع لم يلزم مقاولى المبانى بمجرد ضمان العيوب التى تكون فى عملهم وقت القبول ، بل جعلهم ضامنين لما ينشأ من هذه العيوب بعد ذلك فى خلال المدة المحددة قانونا ، فوجه التشديد فى مسئولية مقاولى البناء لا يبدو إذن فى إطالة المدة التى يجوز فيها رفع دعوى المسئولية ، وإنما فى أن هؤلاء الأشخاص يضمنون عيوب المبانى ولو كانت حديثة ، أى ولو طرأت بعد قبول العمل مادام ذلك قد تم فى خلال المدة المحددة فى القانون ، فى حين أن القواعد العامة فى مسئولية المقاولين (غير مقاولى البناء) لا تلزمهم إلا بضمان العيوب القديمة التى كانت موجودة فى العمل وقت معاينته وإقراره. وعلى ذلك فالرأى الذى لا يجعل للقبول أثرا على التزام المقاول بضمان العيوب الخفية ، لا يخالف قصد المشرع ، ويمكن إعماله فى ضوء النصوص القائمة [١].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١١٩ وما بعدها — فتيحه قره ص ١٤٧ وما بعدها .

٦٣ـ عدم تعلق أحكام الضمان بالنظام العام :

من المتفق عليه أن أحكام الضمان سالفة الذكر لا تتعلق بالنظام العام. ومن ثم يجوز اتفاق الطرفين على ما يخالفها سواء بالتشديد أو بالتخفيف أو الإعفاء من الضمان كلية .

فيجوز الاتفاق على تشديد الضمان ، بتحديد مدة للضمان ولو كان العيب فى العمل المسلم إلى رب العمل واضحا ، والاتفاق أيضا على أن ذلك لا يمنعه من الرجوع بالضمان فيما بعد إذا ظهر فى العمل عيب ولو كان واضحا .

ويجوز الاتفاق على تخفيف الضمان أو الإعفاء منه، بالاتفاق على إعفاء المقاول من الضمان ولو كان العيب خفيا .

غير أنه لايجوز الاتفاق على الإعفاء من الضمان إذا كان العيب راجعا إلى غش المقاول أو خطئه الجسيم . إذ يقع هذا الاتفاق باطلا .

وكانت المادة ٨٩٩ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص صراحة فى هذا المعنى على أن :

"١- فى المقاولات الصغيرة ، يجوز للمقاول أن يشترط إعفاءه من المسئولية عن العيب ، أو أن يحدد من مسئوليته عن ذلك . ولكن هذا الشرط يكون باطلا إذا كان المقاول قد تعمد إخفاء العيب أو ارتكب أخطاء لا تغتفر .

٢- أما فى المقاولات الكبيرة ، فيكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعمارى والمقاول من الضمان المقرر بمقتضى المواد ٨٩٤ إلى ٨٩٦ ،كذلك كل شرط يقصد به الحد من هذا الضمان " . وقد حذفت

الفقرة الأولى وعبارة " أما فى المقاولات الكبيرة " الواردة فى صدر الفقرة الثانية فى لجنة المراجعـــة ، وعللت اللجنة الحذف بأنه : " لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والمقاولات الصغيرة " . وعدلت الفقرة الثانية بحيث أصبحت مقصورة على ضمان المهندس المعمارى والمقاول [١].

وتختلف هذه الأحكام عن أحكام ضمـــان المهندس المعمارى والمقاول بالنســـبة لعـــيوب البناء فهى — كما سنرى - مما يتعلق بالنظام العام ، ولايجوز الاتفاق على ما يخالفها .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٢٨ وما بعدها .

(ثانيا)
(ضمان المهندس المعمارى والمقاول لعيوب البناء)

٦٤- النص القانونى :

المادة (٦٥١) مدنى :

" ١- يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى وذلك ولو كان التهدم ناشئا عن عيب فى الأرض ذاتها ، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات.

٢- ويشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة ما يوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته .

٣- وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل .

٤- ولاتسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن " .

٦٥- الأشخاص المسئولون عن عيوب البناء :

رأينا أن المادة ٦٥١ مدنى تنص على أن : " يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان ... إلخ " .

وكانت المادة ٥٠٠/٤٠٩ من التقنين المدنى القديم تقضى بأن: " المهندس المعمارى والمقاول مسئولان مع التضامن عن خلل البناء .. إلخ ".

ومن ثم فإنه سواء فى ظل التقنين المدنى الجديد أو التقنين المدنى القديم لا يسأل عن عيوب البناء إلا المهندس المعمارى أو المقاول دون غيرهما (١).

ونعرض فيما يلى لتعريف المهندس المعمارى والمقاول .

٦٦- (أ)- المهندس المعمارى :

يقصد بالمهندس المعمارى **architecte** فى هذا المجال الشخص الذى يعهد إليه رب العمل فى وضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المبانى أو المنشآت الأخرى . وقد يعهد إليه بإدارة العمل والإشراف على تنفيذه ومراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة عليه .

ويعرفه ميثاق المهنة الهندسية بأنه فنان ومهنى يمارس مهنة حرة غير تجارية (٢).

وقد عرفته لائحة مزاولة مهنة الهندسة المعمارية وتقدير الأتعاب والمسابقات التى أقرتها الجمعية العمومية لنقابة المهندسين يوم ١٧ مارس ١٩٧٧ فى المادة الأولى (ب) منها بأنه : " الشخص المتميز بقدرته على التخطيط والتصميم المعمارى والتطبيق الابتكارى والتنفيذ . وله إلمام تام بفن وعلوم البناء حسب ظروف البيئة ومقتضياتها ويسهم فى التعمير

---

(١) الدكتور عبد الرازق حسين يس المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء الطبعة الأولى ١٩٨٧ ص ٤٠٨ وما بعدها .

(٢) الدكتور سمير كامل التأمين الإجبارى من المسئولية المدنية للمهندسين والمقاولين عن حوادث البناء ١٩٩٥-١٩٩٦ ص ١٩ .

والتشييد فى نطاق التخطيط العام . ويتمتع بالحماية القانونية التى تتطلبها مهنته .

واشترطت أن يكون حائزا على بكالريوس فى الهندسة المعمارية أو ما يعادلها من المؤهلات الهندسية الأخرى المعترف بها بقانون المهندسين، وأن يكون عضوا بنقابة المهندسين .

والمهمة الأساسية للمهندس المعمارى هى وضع التصميم ، أما أعمال الإشراف على التنفيذ فهى غالباما تسند إلى شخص غيره . وهذا ما جعل قضاء النقض الفرنسى يقرربأن الأصل هو اقتصار مهمة المهندس المعمارى على وضع التصميم ،ما لم يوجد فى العقد نص يقضى بغير ذلك(١).

والشـــخص الذى يضع الرسومات والتصميمات اللازمة لإقامة بناء ، ويشـــرف عـــلى تنفيذها يعتبر فى حكم المادة ٦٥١ مهندسا معماريا ، ويكون مسئولا ، سواء كانله الحق قانونا فى حمل هذا اللقب، أو لم يكن له، ذلك أن العبرة ليست بالصفة القانونية للمهندس المعمارى ، بل بطبيعة الأعمال التى يقوم بها .

---

(١) نقض مدنى فرنسى ٢٤ مارس ١٩٦٥ مشار إليه فى سمير كامل ص ٢٠ هامش (٧) .

ومن ثم فلا يشترط أن يكون حاصلا على مؤهل فنى فى هندسة المعمار. فالمهندس الميكانيكى إذا قام بمهمة المهندس المعمارى كان ملزما بالضمان[١].

والمقاول الذى لا يحمل أى مؤهل أو أى شخص آخر غير مؤهل ، إذا وضع التصميم فإنه يكون بذلك قد قام بمهمة المهندس المعمارى ، ومن ثم يكون ملتزما بالضمان .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... وعلى عكس ذلك توسع بعض التقنينات من دائرة هذه المسئولية الخاصة ، فتجعلها شاملة أيضا المهندس الميكانيكى (تقنين الالتزامات السويسرى م ٣٧١ والتقنين التونسى م ٨٧٦ والتقنين اللبنانى م ٦٦٨) . أما المشروع فهو يحافظ على النطاق التقليدى لهذه المسئولية ، فيجعلها شاملة للمهندس المعمارى والمقاول ، ولا يطبقها على المهندس الميكانيكى إلا إذا قام بوظيفة المعمارى " [٢].

وإذا كانت لائحة مزاولة مهنة الهندسة المعمارية فى مصر تشترط فى المهندس المعمارى أن يكون حاصلا على بكالريوس فى الهندسة المعمارية ، أو ما يعادلها من المؤهلات الهندسية الأخرى المعترف بها بقانون نقابة المهندسين ، وأن يكون عضوا فى نقابة المهندسين ، فإن هذا من باب التنظيم المهنى ، وحتى يسمح للفرد بحمل لقب " مهندس معمارى" ولا

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٢٢ – عبد الرازق حسين يس ص ٤١٧– سمير كامل ص ٢٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢١ وما بعدها .

شـأن لذلك بالمسئولية المنصوص عليها بالمادة ٦٥١ مدنى . وإذا اشترك عدة مهندسين معماريين ، أو أشخاص آخرون ، فى القيام بمهمة المهندس المعمـارى كانوا جميعا مسئولين ، كل فى حدود ما قام به من أعمال فى نطـاق هـذه المهمـة [١]. فمثلا قد يعهد رب العمل إلى مقاول لوضع الأسـاس، ويعهـد إلى آخر بأعمال النجارة وإلى ثالث بأعمال الدهان والبياض وهكذا .

فكـل مـن هؤلاء يعتبر مقاولا فى حدود الأعمال التى يقوم بـها، ويكون ملزما بالضمان فى هذه الحدود .

ويتعين على المهندس وهو يقوم بالتصميم أن يلاحظ عند وضع الرسم أحكـام القوانين المتعلقة بالجوار وقيود البناء وحقوق الارتفاق سواء ما كان منها مفروضا بحكم القانون أو تأسيسا على الارتفاق أو بسبب موقع الأرض،وله فى سبيل ذلك أن يكلف المالك بتقديم مستندات ملكية الأرض التى تقرر إقامة البناء عليها حتى يتأكد من ذلك كله فإذا امتنع عن تقديمها كـان من الأحوطله أن يحصل منه على إقرار بشأن حقوق الارتفاق أو القيود التى لم يحط بـها علما .

ولـيس هناك ما يمنع من أن يضع التصميم شخص آخر غير المهندس المعمـارى فيجوز للمقاول أن يضعه بنفسه وفى هذه الحالة يكون مسئولا عـن عيوب التصميم ولكن مسئوليته عن عيوب التصميم تكون بالقدر الذى تسمح به المقدرة الفنية لشخص فى مستواه .

---

(١) السنهورى ص ١٣٧ وما بعدها – عبد الرازق حسين يس ص ٤١٨.

ويجـــوز لـــرب العمل أن يضع التصميم بنفسه فإذا ظهر به عيب فلا يلومن إلا نفسه ولا يجوز له الرجوع على أحد [1].

وقد نصت المادة ١٢ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ فى شأن توجيه وتنظيم أعمال البناء (المستبدلة بالقانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٦ على أن :

" يجب على المالك أو من يمثله قانونا أن يخطر الجهة الإدارية المختصة بالتنظـــيم بخطـــاب موصى عليه بعلم الوصول بعزمه على تنفيذ الأعمال المرخص بـــها .

ومـــع مراعاة أحكام قانون نقابة المهندسين يلتزم المالك بأن يعهد إلى مهـــندس نقابى معمارى أو مدنى بالإشراف على تنفيذ الأعمال المرخص بـــها إذا زادت قيمتها على عشرة آلاف جنيه ، ويكون المهندس مسئولا مســئولية كاملـــة عن الإشراف على تنفيذ هذه الأعمال وتحدد اللائحة التنفيذية الحالات التى يلزم فيها الاستعانة بأكثر من مهندس نقابى من ذوى التخصصات المختلفة تبعا لنوعية الأعمال المرخص بـــها .

وفى حالة تخلى المهندس المشرف على التنفيذ عن التزامه فعليه أن يخطر المالك أو من يمثله قانونا والجهة الإدارية المختصة بذلك كتابة قبل توقفه عـــن الإشراف بأسبوعين على الأقل ويوضح فى الإخطار أسباب التخلى وفى هـــذه الحالـــة يلتزم المالك بأن يعهد إلى مهندس نقابى آخر فى ذات التخصص بالإشراف على التنفيذ وإخطار الجهة الإدارية بذلك .

---

(١) المستشار عز الدين الدناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء ١٩٨٨ ص ١٣٥٦ وما بعدها .

وفى حالـــة انقضاء مدة الأسبوعين المشار إليها فى الفقرة السابقة دون أن يعهـــد المالك بالإشراف إلى مهندس آخر توقف الأعمال ولا تستأنف إلا بتعيين المهندس المشرف .

وعـــلى المهندس المشرف على التنفيذ أن يخطر الجهة الإدارية المختصة كتابة بأى أعمال مخالفة فور وقوعها أيا كان مرتكبها ما لم يتم تصحيحها ".

فبالرغم من أن القانون المدنى وهو بصـــدد تنظيم عقد المقاولة تضمن أحكاما نص عليها فى المادة ٦٥١ سالفة الذكر ومؤداها تضامن المهندس المعمارى والمقاول فى ضمان عيوب البناء ، وبالرغم من أن المادة ١١ من القـــانون رقـــم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ (المعدل) أوجبت الالتزام فى التنفيذ بالأصـــول الفنـــية بالترخيص الممنوح إلا أن المادة (١٢) حرصت — مع مـــراعاة قانون نقابة المهندسين — على إلزام المالك بأن يعهد إلى مهندس نقابى معمارى أو مدنى بالإشراف على تنفيذ الأعمال المرخص بها ويكون مســـئولا مسئولية كاملة عن الإشراف الدائم على تنفيذ هذه الأعمال إذا زادت قيمتها على عشرة آلاف جنيه .

ولذلك أوجبت المادة (٢٥) من اللائحة التنفيذية للقانون على المرخص لـــه فى حالة زيادة قيمة الأعمال المرخص بـــها على عشرة آلاف جنيه وقبل الشروع فى الأعمال إخطار الجهة الإدارية المختصة بالتنظيم بخطاب موصـــى عليه بعلم الوصول بعزمه على تنفيذ الأعمال مرفقا به تعهد من أحـــد المهندسين المعماريين أو الإنشائيين بالإشراف على تنفيذ الأعمال المرخص بها ، وأيضا صورة التعاقد مع أحد المقاولين المصنفين والأعضاء

بالاتحاد العام لمقاولى التشييد والبناء على أن يقوم المهندس المختص بتحديد خط التنظيم أوحد الطريق أو خط البناء بحسب الأحوال، ويتم هذا التحديد خلال سبعة أيام من تاريخ الإخطار، ويثبت تاريخ التحديد على ترخيص البناء ، فإذا انقضت هذه المدة دون أن يتم التحديد جاز للمرخص له أن يقوم بهذا التحديد طبقا للبيانات المدونة بالرخصة وتحت مسئوليته، وهذا تأكيد لمسئولية المهندس المشرف على التنفيذ .

٦٧- (ب) — المقاول :

المقاول هو كل شخص يعهد إليه رب العمل بإقامة بناء أو منشآت ثابتة أخرى فى مقابل أجر، وفق التصميمات والنماذج والرسوم الموضوعة من قبل المهندس المعمارى أو رب العمل. دون أن يخضع فى عمله لإشراف أو إدارة رب العمل .

ويستوى أن تكون المواد التى أقام بها هذه المبانى أو المنشآت قد أحضرها من عنده أو قدمها له رب العمل .

هذا هو الدور الأساسى للمقاول فى تنفيذ عقد المقاولة والذى يترتب على الإخلال به انعقاد مسئوليته العقدية أو التقصيرية على حسب الأحوال.

أما إذا لم يقف المقاول عند دوره الأساسى هذا ، بل تعداه إلى القيام بدور المهندس المعمارى ، من وضع للتصميمات والرسوم والنماذج كما يحدث أحيانا، وكان بها عيب أدى إلى التهدم الكلى أو الجزئى فى البناء، أو إلى ظهور عيب فيه يهدد متانته وسلامته، اعتبر هذا المقاول بهذا

مهندســا معماريا فيما يتعلق بتطبيق أحكام المسئولية الخاصة عليه، وكان ملــتزما بضمان هذه الأعمال ضمانا عشريا بصفته مهندسا معماريا إلى جانب صفته الأصلية كمقاول (١).

ولايمــنع مــن قيام الضمان تعدد المقاولين كأن يعهد إلى مقاول بوضع الأساس، ويعهد بأعمال البناء الأخرى من أرضيات وأسقف وجدران وغير ذلك إلى مقاول آخر ويعهد إلى مقاول ثالث بأعمال النجارة وهكذا. وفى هذه الحالة يكون كل مقاول منهم ملزما بالضمان فى حدود العمل الذى عهــد بــه إليه وإذا استخدم المقاول مساعدين يعاونونه فيما يقوم به من أعمال كان مسئولا عن أعمالهم ويلتزم بضمان هذه الأعمال كما لو كان هــو الــذى باشرها بذاته وبشخصه ، حتى لو كان هؤلاء المساعدون لا يعتــبرون من أتباعه بالمعنى المفهوم فى مسئولية المتبوع عن التابع، كما لو كانوا مقاولين من الباطن.

وإن كان الغالب أن المهندس المعمارى يكون وكيلا عن رب العمل، وكالة صريحة أو ضمنية ، فإنه يحدث أحيانا، أن يوكل رب العمل المقاول فى بعض شئونه المتعلقة بالعمل محل الوكالة وكالة صريحة أو ضمنية أيضا. ويكون هذا الأخير وكيلا عنه بمقتضى هذه الوكالة وفى حدودها ، ويسأل عقديا عن إخلاله بأحد التزاماتها .

٦٨ـ ضرورة وجود عقد مقاولة :

لا يقوم ضمان المهندس المعمارى أو المقاول طبقا للمادة (٦٥١) مدنى، إلا إذا وجد عقد مقاولة بين رب العمل وبين المهندس المعمارى أو المقاول .

---

(١) عبد الرازق حسين يس ص ٤٢٢ .

وقد سبق أن عرفنا عقد المقاولة، بأنه عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر (م٦٤٦ مدنى) .

والعبرة بالتكييف القانونى الصحيح للعقد الذى يسبغه عليه قاضى الموضوع ، لا بما يطلقه عليه المتعاقدون من وصف المقاولة .غير أنه يستوى أن يكون أجر المهندس المعمارى أو المقاول قد حدد جزافا أو حدد بسعر الوحدة أو كان أجرا ثابتا يعطى لهما طوال مدة العقد .

وبالترتيب على ذلك إذا ثبت أن العقد الذى يربط رب العمل بمن يقوم بالعمل ، عقد عمل أو عقد وكالة ، فلا يجوز الرجوع عليه بمقتضى أحكام الضمان الواردة بالمادة. وإنما يجوز الرجوع عليه وفقا لأحكام عقد العمل فى الحالة الأولى وأحكام الوكالة فى الحالة الثانية .

وإذا كان العقد بغير أجر، فإنه يكون عقدا غير مسمى، ويسأل من قام بالعمل طبقا للقواعد العامة .

ولما كان العقد هنا من عقود التبرع فإن من قام بالعمل لا يكون مسئولا إلا عن الغش والخطأ الجسيم [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" ضمان المهندس المعمارى لتهدم البناء والعيوب التى تهدد سلامته أساسه المسئولية العقدية المنصوص عليها فى المادتين ٦٥١، ٦٥٢ من القانون المدنى ، فهو ينشأ عن عقد مقاولة يعهد فيه رب العمل إلى

---

(١) السنهورى ص ١٣٦ .

المهندس المعمارى القيام بعمل لقاء أجر، فإذا تخلف عقد المقاولة فلا يلتزم المهـــندس المعمارى قبل رب العمل بهذا الضمان ، وإنما تخضع مسئوليته للقواعد العامة فى المسئولية المدنية . وإذ كان الطاعن قد تمسك فى دفاعه أمام محكمة الموضوع بأنه لا تربطه بالمطعون ضدها الأولى- وهى صاحبة العمل- أية رابطة عقدية وأن عمله اقتصرعلى حساب تكاليف الإنشاءات الخرســانية كمشورة فنية مجانية قدمها للمرحوم المهندس ..... بناء على المعلومات الفنية الخاصة بالتربة التى تلقاها منه وأن مهندسا آخر هو الذى قام بوضع التصميم النهائى للبناء ، فإن الحكم المطعون فيه ، وقد انتهى فى قضـــائه إلى أن الطـــاعن مسئول عن ضمان العيوب التى ظهرت فى البناء باعتـــباره المهـــندس المعمارى الذى قام بوضع التصميم مع ما ذهب فى أسبابه من أن المرحوم المهندس .... مورث المطعون ضدها الثلاثة الآخرين كلف آخر بعمل رسومات " الفيلا " ودون أن يستظهر الحكم العلاقة بين الطاعـــنين والمطعـــون ضدها الأولى ليستبين ما إذا كانت ناشئة عن عقد مقاولـــة ، أم عن مجرد مشورة قدمها الطاعن بالمجان عن حساب تكاليف الإنشـــاءات الخراسانية " للفيلا" وذلك تحقيقا لدفاع الطاعن الجوهرى، الذى إن صح لتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فإنه يكون قد شابه قصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٢٤١ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢١)

٢- " إذاكان الثابت أن الطاعن – المقاول- أقام دعواه بطلب الحكم بإلزام المطعون عليه بقيمة المبانى موضوع النزاع على أساس أنه أقام هذه

المبانى لصالح المطعون عليه على أرض مملوكة للأخير دون أن توجد بينهما رابطة عقدية ، وهو ما يخوله إثبات هذه الواقعة المادية بكافة الطرق حتى لا يثرى المطعون عليه على حسابه بلا سبب فإنه مفاد ذلك أن الطاعن لا يستند إلى عقد مقاولة كسبب لدعواه بل يستند فى ذلك أصلا إلى أحكام الإثرا بلا سبب " .

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/٣/١٦)

وقــد قضت محكمة النقض بأن التعاقد على أن يقوم المهندس بوضع التصـميم والمقايسـة ومراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يـندرج فى صورها ، وأن اختلاط ناحية الفكر بهذه الأعمال لا يمنع من اعتبارها من قبيل الأعمال المادية لا من قبيل التصرفات القانونية .

إذ قضت بجلسة ١٩٦٧/٥/١٦ فى الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ق بأن:

" إن المشـرع إذ جمـع العقود المسماة فى الكتاب الثانى من القانون المـدنى ، ونظـم أحكام عقد المقاولة فى الفصل الأول من الباب الخاص بالعقود الواردة على العمل منفصـلا عن عقد الإيجار وقد كان واردا فى القانون القديم فى باب الإيجار تحت عنوان "إيجار الأشخاص وأهل الصنائع"، وعرف المشرع المقاولة فى نص المادة ٦٤٦ بأنها " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". وأورد بالمواد التالية التزامات المقاول وجعل قواعد المسئولية عن تهدم البناء وسـلامته شاملة المهندس المعمارى والمقاول على سواء ما لم يقتصر عمل المهـندس على وضع التصميم فلا يكون مسئولا إلا عن العيوب التى أتت

منه ، وبين طريقة تحديد أجر كل منهما بما فى ذلك أجر المهندس إذا لم يتم العمـــل بمقتضى التصميم الذى وضعه ، فإن المستفاد من ذلك- وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى فى هذا الخصوص- أن المشرع أراد تنظيم عقد المقاولة لتلائم قواعده التطور الذى وصلت إليه أعمال المقاولات فى صــــورها المختلفة ، وأنه إنما أورد القواعد المتعلقة بالمهندس المعمارى ليعتـــبر عمله بوضع التصميم والمقايسة ومراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج فى صورها، وأن اختلاط ناحية الفكر بهذه الأعمال لايمنع من اعتبارها من قبيل الأعمال المادية لا من قبيل التصرفات القانونية فـــلا يـــتغير بذلك وصف العقد من المقاولة إلى الوكالة مما يوجب تطبيق أحكام المقاولة عليه " .

(طعن رقم ٣٢٣ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٦/٥/١٩٦٧)

٦٩- عدم سريان الضمان على المقاولين من الباطن :

تنص الفقرة الرابعة من المادة ٦٥١ مدنى على أن : " ولا تسرى هذه المـــادة عـــلى ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الـــباطن" . فإذا تعاقد المقاول الأصلى مع مقاول من الباطن على أن يقوم الأخير ببعض الأعمال كالأعمال الصحية أو النجارة ، فلا يكون المقاول مـــن الـــباطن ملتزما بالضمان نحو المقاول الأصلى أو نحو رب العمل إلا بمقـــدار ما تقضى به القواعد العامة . والسبب فى ذلك أن الضمان الوارد بالمادة ٦٥١ ضمان مشدد ، اقتضاه مركز كل من رب العمل والمقاول أو المهـــندس . فـــرب العمـــل يكون عادة رجلا غير فنى وغير خبير. فأراد القانون أن يحميه ضد المقاول والمهندس وهما من رجال الفن والخبرة. وليس

هـــذا هو مركز المقاول الأصلى من المقاول من الباطن ، فكلاهما من أهل الفـــن والخبرة ، ولا يوجد مقتضى لحماية مشددة تمنح للمقاول الأصلى ضد المقاول من الباطن ، ويكفى فى حماية حقوق المقاول الأصلى الرجوع إلى القواعد العامة ففيها الغناء [١].

وفى هذا جاء بتقرير لجنة الشئون التشريعية فى مجلس النواب أنه :

" ... ثم استفسرت اللجنة عما إذا كانت المسئولية الاستثنائية الواردة فى المادة ٦٧٩ المشار إليها تنطبق على العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن ، فأجيبت بأن الفقرة الثالثة من المادة ذاتـــها صريحة فى أن هذه المســئولية الاســتثنائية اســتحدثها المشروع إلى جانب المسئولية المقررة بـــالقواعد العامة لأن صاحب العمل لا يمكن اعتباره فى مستوى المهندس من الناحية الفنية . أما المهندس والمقاول من الباطن فهما من الناحية الفنية متســاويان فليست هناك إذن حاجة لاستحداث مسئولية استثنائية فيما **بينهما** " [٢].

ولايكون المقاول من الباطن مسئولا تجاه رب العمل بالضمان، لأنه لا توجـــد رابطة عقدية بينهما ، والمقرر أن المادة ٦٥١ إنما تنظم المسئولية العقدية للمقاول ، مع ملاحظة أن نزول المقاول عن المقاولة إلى غيره ، لا يخل بحق رب العمل فى الرجوع عليه كما لو كان هو الذى قام بالعمل، مادام لم يقبل هذا النزول و لم يقصـــد إبراء المقاول الأصلى من التزاماته.

---

(١) السنهورى ص ١٤٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٢٣ .

ومـــن ثم لا يكونله الرجـــوععلى المقاول من الباطن إلا طبقا للقواعد العامة [١].

٧٠- يجب أن ترد المقاولة على مبان أو منشآت ثابتة أخرى :

يجـــب لإعمال أحكام الضمان المنصوص عليها بالمادة أن ترد المقاولة على مبان أو منشآت ثابتة أخرى .

ويقصد بالمبانى كل ما يرتفع فوق سطح الأرض من منشآت ثابتة من صـــنع الإنسان ، بحيث يستطيع الفرد أن يتحرك بداخلها وتوفرله حماية ضد المخاطر الناتجة عن المؤثرات الطبيعية الخارجية ، وأيا كانت المواد التى شيدت منها،سواء كانت بالطوب أو بالحجارة ، أو بالخشب أو بالحصير، كالمســـاكن المبنية من الخشب والحصير والعشش فى رأس البر، وكما هو الشـــأن فى كباين الاستحمام . فالشرط أن يكون البناء ثابتا فى مكانه لا يمكن نقله دون هدمه . كالأكشاك والمنازل القابلة للفك والتركيب .

وعـــلى ذلـــك قد يكون البناء منزلا أو فيلا أو عمارة أو مدرسة أو مستشـــفى أو مصنعا أو متجرا أو مخزنا أو مسجدا أوكنسية أو معبدا أو دارا للخيالة، أو محلا لبيع البضائع أو تقديم الطعام والشراب .

أمـــا المنشآت الثابتة الأخرى غير المبانى كالكبارى والقناطر والسكك الحديدية والبوابات والمداخن والمزلقانات . فقد انقسم الرأى فى شـــأنها . فذهـــب رأى إلى أنـــها لا تدخل فى الضمان المنصوص عليه بالمادة إذ لا يمكـــن اعتبار هذه الأعمال من قبيل تشييد المبانى وإقامة المنشآت الثابتة .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٢٣ – الدناصورى والشواربى ص ١٣٦٠ .

وأنـــه يلاحـــظ فى هذا الشأن اختلاف عبارة القانون المصرى عن عبارة القانون الفرنسى فى المادة ٢٧٧٠ حيث تتكلم عن الأعمال الكبرى [١].

بينما ذهب الرأى الغالب- الذى نؤيده - إلى اعتبار هذه الأعمال من قبيل المنشآت الثابتة على اعتبار أنه لا يتحتم فى المنشآت الثابتة فى المفهوم الواســع أن تكون فوق الأرض ، بل يصح أن تكون تحت الأرض أو فى مستواها أو أعلاها. ومؤدى ما تقدم أنه يجب أن تدخل هذه الأعمال فى دائــرة أعمــــال البناء والدليل على ذلك ما نصت عليه المادة ٦٥١ مدنى حيــث تقول إن الضمان يشمل ما يحدث فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ، ذلك أن كلمة شيدوه أو أقاموه ، تدل بوضوح عـــلى ضرورة اقتصار الأعمال على أعمال التشييد والبناء دون غيرها من الأعمال الأخرى التى يمكن أن يؤديها المهندس أو المقاول [٢].

ويدخــــل فى هذه الأعمال أعمال التعلية والتعديل والتجديد والتوسعة والترمــيم ، بشرط أن يكون الترميم واقعا على الأجزاء الرئيسية للمبنى، وهى الأجزاء التى تعتمد عليها متانة المبنى وسلامته [٣].

---

(١) محمــد لبيــب شنب ص ١٢٦ - محمد شكرى سرور ص ٢٢١- محمد عبد الرحيم عنبر ص ١٩٤ .

(٢) المستشار عز الدين الدناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى ص ١٣٦٢ - السنهورى ص ١٣٥ - محمد كامل مرسى ص ٤٩٩ .

(٣) محمد لبيب شنب ص ١٢٥ وما بعدها .

أما العقارات بالتخصص، ومنها الأبواب والنوافذ والأجهزة الكهربائية، فلا تدخل فى نطاق المنشآت لأنها بطبيعتها منقول غير ثابت .

ويستثنى من ذلك المصعد الكهربائى ، فيعتبر فى حكم المبنى الملحق به، فالمصعد وهو يرتفع ويهبط فى حكم الثابت فى مكانه لأنه لا يتعدى دائرة محدودة فى تحركه ، ومن ثم يعد من المنشآت الثابتة [١].

ولا تدخل أعمال البياض والدهان وأعمال الزخرفة فى نطاق النص لأن هذه الأعمال ليس من شأنها أن تهدد سلامة البناء أو متانته [٢].

٧١ـ المستفيدون من الضمان :

يفيد من الضمان المنصوص عليه بالمادة رب العمل . ورب العمل بهذه الصفة لا يشترط أن يكون هو الذى أبرم عقد المقاولة بنفسه ، وإنما يكفى أن يكون هذا العقد قد أبرم باسمه، ولحسابه الخاص عن طريق وكيل عنه، سواء كانت هذه الوكالة صريحة أو ضمنية .

كذلك لا يشترط أن يكون رب العمل هو مالك الأرض التى يقام عليها البناء، أو يشيد فوقها المنشأ الثابت ، فقد تكون الأرض غير مملوكة له ، وإنما بنى أو أعطى لغرض ما وبأى طريقة كانت حق البناء عليها لحسابه الخاص .

---

(١) السنهورى ص ١٣٤ وما بعدها هامش (١) .

(٢) السنهورى ص ١٣٥ هامش (١) – الدناصورى والشواربى ص ١٣٦٣– محمد لبيب شنب ص ١٢٦ .

وقد يكون رب العمل شخصا طبيعيا كفرد معين أو شخصا معنويا، شركة أو مؤسسة أو جمعية. كذلك قد يكون شخصامن أشخاص القانون الخاص، كفرد أو شركة عقارية تجارية أو مدنية ، أو شخصا من أشخاص القانون العام، كالدولة أو هيئة عامة أو وحدة من وحدات الإدارة المحلية[1].

ورب العمل هو الذى يفيد من الضمان لأنه هو الذى يصاب عادة بالضرر من جراء تهدم البناء أو تعيبه ، فكان من العدل أن يكون هو المستفيد الأساسى من الضمان . فيرجع بالضمان على المهندس المعمارى أو على المقاول أو عليهما معا متضامنين .

وإذا مات رب العمل فإن ورثته يحلون محله بالضمان بوصفهم خلفا عاما له عن جميع حقوقه فى الرجوع على المهندس المعمارى أو المقاول. إذ تقضى المادة ١٤٥ مدنى بأن ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام .... إلخ .

ويجوز لدائنى رب العمل أن يرفعوا الدعوى غير المباشرة باسمه للمطالبة بالضمان .

ويجوز للخلف الخاص لرب العمل الرجوع بالضمان على المهندس المعمارى أو المقاول، كما إذا انتقلت ملكية البناء بالبيع أو الهبة ، فيستطيع المشترى أو الموهوب له الرجوع بهذا الضمان باعتبارهما خلفا خاصا إعمالا لنظرية الاستخلاف فى الحقوق والالتزامات المنصوص عليها بالمادة ١٤٦ مدنى التى تجرى على أنه : " إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا

---

(١) عبد الرازق حسين يس ص ٥٧٣ وما بعدها .

شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشئ إذا كانت من مستلزماته ، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشئ إليه ".

٧٢ـ الأضرار التى يسأل عنها المهندس المعمارى والمقاول :

تنص المادة ٦٥١ مدنى على أن ضمان المهندس المعمارى والمقاول يكون عما يحدث من **تهدم كلى أو جزئى** فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ، **وما يوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته** . فالمهندس أو المقاول لايضمن طبقا للمادة المذكورة عن كل ضرر يصيب المبانى والمنشآت ، وإنما تقتصر مسئوليته طبقا لهذه المادة عن التهدم الكلى أو الجزئى والعيوب التى يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته .

والمقصود بالتهدم الكلى أو الجزئى انحلال الرابطة التى تربط أجزاءها بعضها ببعض ، سواء فى المبنى كله أو جزء منه .

والتهدم الكلى أو الجزئى قد يرجع إما إلى عيب فى الصنعة أو فى التصميم ، أو فى الأرض، وقد نصت المادة صراحة على الحالة الأخيرة بقولها : " ... وذلك ولو كان التهدم ناشئا عن عيب فى الأرض ذاتها " .

ولايشترط أن يكون خطر التهدم متحققا وداهما أو وشيك الوقوع، بل يكفى أن يتثبت قاضى الموضوع أن الخلل أو العيب المكتشف فى البناء قد بلغ حدا من الجسامة تجعله يعرض متانة البناء أو سلامته للخطر[1].

---

(١) الدناصورى الشواربى ص ١٣٦٣ .

ولايشترط أن يصل الضرر إلى حد التهدم الكلى أو الجزئى للبناء، بل يكفى أن يظهر فيه عيب يترتب عليه تهديد متانة البناء وسلامته .

فلم يأخذ النص فى ذلك بمطلق العيب وإنما قيده بوصف معين تطلبه صراحة بحيث يترتب على وجوده فى البناء أو المنشأ الثابت الآخر تهديد لمتانته وسلامته .

وهذا العيب قد يكون ناشئا عن التصميم أو عن استعمال أدوات معيبة أو عن ضعف الأساس أو عن المواد التى استعملت فى البناء كأن تكون غير صالحة مخالفة للمواصفات والشروط المتفق عليها . أو ناشئا عن عدم اتخاذ الاحتياطات المعتادة ضد الحريق [(١)]. أو عن عدم مراعاة القوانين واللوائح التى ينتج عنها أضرار للجيران أو مخالفة التزام بالهدم ، أو إذا أهمل مراعاة خط التنظيم أو حصل تجاوز للارتفاع المرخص فيه .

وقد يكون العيب فى الأرض — كما ذكرنا سلفا- كأن تكون الأرض هشة أو فيها مستنقعات ولم تتخذ الإجراءات التى تمليها أصول صناعة البناء من تعميق الأساس حتى يقوم على أرض صلبه . إنما يجب أن يكون العيب فى الأرض مما يمكن كشفه وفقا لقواعد الفن ، أما إذا استحال كشف العيب وفقا لهذه القواعد فإن ذلك يكون فى حكم القوة القاهرة، ولا يكون المهندس مسئولا عنه .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٩٩ .

وفى هذا جاء بتقرير لجنة الشئون التشريعية فى مجلس النواب بأن :

" استفسرت اللجنة فى صدد المادة عن العيب الذى يوجد فى الأرض ذاتهـا إذا كـان هذا العيب من الخفاء بحيث يدق كشفه على المهندس الفطـن أن يكـون المهندس مسئولا عنه ؟ فأجيبت بأن المهندس يكون مسـئولا عن العيب الذى يمكن كشفه وفقا لقواعد الفن أما إذا استحال كشـف العيـب وفقـا لهذه القواعد ، فإن ذلك يكون فى حكم القوة القاهـرة، ولا يكون المهندس مسئولا عنـه ، وقـد ورد هذا الحكم فى المـادة ٦٨١ (٦٨٠)" [١].

وسواء كان العيب فى المواد المستعملة فى البناء أو فى أصول الصناعة أو فى الأرض فإنه يجب أن يتوافر فيه شرطان :

الشرط الأول :

أن يكون العيب من الخطورة بحيث يهدد سلامة البناء أو متانته :

وبالترتيب على ذلك إذا كان العيب فى الدهان أو الزخرفة أو البياض أو فى نوعـية أخشـاب الـنوافذ أو فى الأبواب أو فى الزجاج أو تجليد الحوائـط أو النقص فيما ينبغى أن تكون عليه الحوائط من جمال فنى .... أو غـير ذلك من أجزاء البناء بحيث لا يكون من شأنه تهديد سلامة البناء أو متانته فإنه لا يوجب الضمان العشرى وتسرى فى شأنه القواعد العامة. والتى سبق أن عرضنا لها .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٢٣ .

الشرط الثانى :

أن يكون العيب خفيا :

يشترط لتحقق الضمان المنصوص عليه فى المادة أن يكون العيب خفيا بحيث لا يكون فى استطاعة رب العمل اكتشافه وقت التسلم ، أما إذا كان ظاهرا ومعروفا فلا يسأل عنه المقاول مادام رب العمل قد تسلم البناء من غير أن يتحفظ بحقوله. لأن تسلم العمل بغير تحفظ يعد نزولا منه عن الضمان ، بل إن تسلم العمل دون اعتراض يفترض أن العمل خال من العيوب الظاهرة ما لم يكن هناك غش . والتسليم الذى يترتب عليه هذه النتيجة هو التسليم النهائى، دون التسليم المؤقت ، فالتسليم المؤقت لا يسقط الحق فى الرجوع بالضمان. ويعتبر من قبيل العيوب الظاهرة عدم مطابقة سمك الجدران لما هو متفق عليه ، وكون سياج السلم منخفضا جدا ، واستعمال خشب من صنف سيئ فى أرضية البناء [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن عقد استئجار الصانع لعمل معين، بالمقاولة على العمل كله أو بأجرة معينة على حسب الزمن الذى يعمل فيه أو العمل الذى يقوم به ، يعتبر- بحسب الأصل- منتهيا بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه على الصانع ورب العمل بتسلم الشئ المصنوع مقبولا وقيام رب العمل بدفع ثمنه. لكن القانون المصرى- على غرار القانون الفرنسى- قد جعل المقاول والمهندس ضامنين متضامنين عن الخلل الذى يلحق البناء فى مدة عشر سنوات ولو

(١) محمد لبيب شنب ص ١٢٨- محمد كامل مرسى ص ٤٩٩ .

كـــان ناشئا عن عيب فى الأرض أو عن إذن المالك فى إنشاء أبنية معيبة ، بشرط ألا يكون البناء فى هذه الحالة الأخيرة معدا فى قصد المتعاقدين لأن يمكث أقل من عشر سنين (المادة ٤٠٩ من القانون المدنى المقابلة للمادة ١٧٩٢ من القانون الفرنسى) .فبذلكمد القانونضمان المقاول والمهندس إلى مـــا بعد تسلم المبانى ودفع قيمتها على خلاف ما يقتضيه عقد المقاولة مـــن انقضاء الالتزام بالضمان بتسلم البناء مقبولا بحالته الظاهرة التى هو عليها. ويجب لقبول دعوى الضمان هذه أن يكون العيب المدعى فى البناء خللا فى متانته ، وأن يكون خفيا بحيث لم يستطع صاحب البناء اكتشافه وقـــت التسلم . أما ما كان ظاهرا ومعروفا فلا يسأل عنه المقاول مادام رب العمل قد تسلم البناء من غير أن يتحفظ بحق له " .

(طعن رقم ٥٧ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/١/٥)

غير أنه إذاكان العيب بالبناء طارئا أىطرأ بعد التسليم، فإنه لا يشترط بداهة أن يكون خفيا لأنه لم يكن موجودا فى ذلك الوقت .

٧٣ـ من المسئول عن العيب الناشئ عن الأرض ؟

يكاد الإجماع ينعقد على أن دراسة التربة وفحص خصائصها يقع على عاتق المهندس المعمارى، بل وتعتبر من أولى مهام وظيفته ، لما يتوافر لديه من خبرة فنية فى هذا المجال، ولما يملكه من عناصر التقدير لأهمية البناء أو المنشأ الثابت الآخر ، المزمع إنشاؤهومدى استجابة خصائص التربةله (١).

---

(١) محمـــد لبيب شنب ص ١٣٦ – محمد شكرى سرور ص ٨١ – عبد الرازق حسين يس ص ٧١١- فتحى غيث ص ٥٤ .

فضلا عن أن هذا الالتزام على المهندس المعمارى يمليه الترتيب الزمنى والتكامل الفنى لمهنة المهندس المعمارى . ذلك أنه من المعلوم أن من أولى مهـــام هذه المهنة هو وضع تصميمات البناء أو المنشأ الثابت الآخر المزمع إنشـــاؤه . ووضـــع التصميمات هذه يقتضى عمل الخرائط والرسومات والنماذج والمقايسات من وصفية وكمية وتقديرية أو تثمينية . وكل هذه أعمـــال لا يمكن للمهندس المعمارى أن يقوم بها على الوجه الأكمل دون دراسة مستفيضه للتربة ومعرفة خصائصها ليعرف أى المواد أنسب للتنفيذ بها ، ومقدار الكميات التى سيحتاجها هذا التنفيذ وأثمانها.

وهكذا فمعرفة هذا كله يقتضى بالضرورة معرفة كاملة بالأرض التى ســيقام عليها العقار [١]، فالتصميم ليس مجرد مجموعة من الخطوط ترسم عـــلى الأوراق طولا وعرضا نتيجة تصور نظرى لبناء ، يستحيل تطبيقه عـــلى الطبـــيعة المعدةله وإنما هو مجموعة متكاملة من الأعمال تسعى نحو تحقـــيق هـــدف واحد هو إقامة ذلك العقار المطلوب إنشاؤه على أساس سليم، وخال من العيوب التى تسبب تهدمه ، أو تهدد سلامته ومتانته .

وإذا تبين للمهندس من الأبحاث التى أجراها ، وجود عيوب فى الأرض وجـــب عليه أن يخطر رب العمل بما ينبغى عمله من أجل تدعيم الأرض وتقويتها ، وتعديل التصميمات الأصلية لمواجهة هذه الظروف الجديدة ، فـــإذا رفض رب العمل زيادة فى التكاليف للقيام بذلك ، أو كانت التربة غير قابلة للعلاج فيجب على المهندس أن يأمر بوقف الأعمال [٢].

---

(١) فتحى غيث ص ٥٤- عبد الرازق حسين يس ص ٧١٢ .
(٢) محمد شكرى سرور ص ٨١ .

ولكن إذا كان عيب الأرض من العيوب غير المتوقعة، وكان من المستحيل علـــى المهـــندس المعمـــارى أن يكتشفه باتباع القواعد الفنية التى يتبعها مهندس حريص فطن، فإن هذا العيب يعتبر قوة قاهرة وبالتالى ينفى المسئولية عـــنه . ومثال ذلك أن توجد أطلال مبانى أثرية تحت الأرض على عمق كبير ، فى منطقة لم تكتشف بها آثار من قبل ، و لم يقل أحد بوجود آثار بها [١].

وعقد المقاولة المبرم بين رب العمل والمقاول يفرض على الأخير أن ينبه رب العمـــل إلى العيوب الموجودة فى التربة التى يستطيع كشفها أو ينبغى أن يكتشـــفها ، لكونها لا تخفى على مقاول مجرب مثله ومن مثل ظروفه ومن ذات مستواه المادى والفنى .

فـــإذا لم ينـــبه رب العمـــل إلى هذه العيوب كان مسئولا مع المهندس المعمارى عن الأضرار الناشئة عن هذه العيوب .كما أن مبدأ حسن النية فى التنفيذ يوجب على المقاول أن ينبه المهندس المعمارى المشرف على التنفيذ إلى هذه العيوب حتى يعمل على تداركها لأنه وإن كانت لاتوجد علاقة تعاقدية بينهما إلا أنه يجمعها عمل واحد [٢].

---

(١) محمـــد لبيـــب شنب ص ١٣٧- تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٢٣ .

(٢) عبد الرازق حسين يس ص ٧١٤ .

أما إذا أصر المهندس المعمارى على وجهة نظره ، أو قرر للمقاول أنه عالج العيوب التى أشار إليها المقاول، فإنه يتعين على المقاول قبل المضى فى التنفيذ أن يطلب منه أمرا كتابيا بالمضى فى التنفيذ على مسئوليته الخاصة مع إحاطة رب العمل بذلك ، وإلا كان مسئولا مع المهندس المعمارى عن الأضرار التى تحدث للمبنى .

أما إذا كان رب العمل هو الذى أقر بفحص التربة وبخلوها من العيوب، فإنه إذا كان غير متخصص فى أعمال البناء ، تعين على المقاول أن يمتنع عن التنفيذ ، ولو أعطاه أمرا كتابيا بالمضى فى التنفيذ، وذلك عملا بالفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى التى تقضى بسريان الضمان العشرى على المهندس المعمارى والمقاول، حتى ولو كان رب العمل قد أذن فى إقامة المنشآت المعيبة .

أما إذا كان رب العمل متخصصا فى أعمال البناء ، فإنه لا مسئولية على المقاول إذا مضى فى التنفيذ [١].

٧٤ـ عدم اشتراط أن يكون العيب قديما :

لايشترط أن يكون العيب فى البناء قديما ، أى أن يكون موجودا وقت التسليم فسواء كان موجود قبل التسليم ، أو وجدت جرثومته قبل التسليم كتسوس الخشب أو انتشار النمل الأبيض بجزئياته ثم ظهر العيب

---

(٢) عبد الرازق حسين يس ص ٧١٥ .

بعد التسليم، أو كان العيب قد طرأ بعد التسليم ، ففى الحالتين يجوز لرب العمـــل الرجوع بالضمان على المهندس والمقاول ويعد هذا خروجا على القواعد العامة فى المسئولية الناشئة عن عقد المقاولة، إذ لا يضمن المقاول عيوب عمله وفقا لهذه القواعد إلا إذا كانت قديمة، أى موجودة فى العمل عند تسليمه ، أو على الأقل أن يكون مصدرها موجودا فى ذلك الوقت ، أما مسئولية المهندس والمقاول وفقا للمادة ٦٥١، فتتحقق ولو لم يثبت أن العيب كان موجودا فى المبنى وقت إقرار رب العمل له .

٧٥ـ مسئولية المهندس المعمارى عن العيوب الناشئة عن التصميم :

تـــنص المادة (٦٥٢) مدنى على أنه : " إذا اقتصر المهندس المعمارى على وضع التصميم دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ لم يكن مسئولا إلا عن العيوب التى أتت من التصميم " .

وعـــيوب التصميم ترجع إلى عدة أسباب . منها عيوب تشكل مخالفة لأصـــول الهندسة المعمارية . كتصميم أساسات غير كافية لحمل البناء أو المنشأ الثابت الآخر ، كأن تكون غير مرتبطة بعضها ببعض ارتباطا كافيا، أو أن تكون غير مستندة إلى طبقة صلبة فى باطن الأرض ، أو غير كافية كما من حيث عدد قواعدها أو كيفا كأن تكون نسب تكوينها على غير مـــا يقتضيه أصول الفن وقواعده ، ميلا إلى التوفير فى حديد التسليح أو الأسمنـــت أو مواد العزل أو غير ذلك . ويمكن أن يقال هذا أيضا بالنسبة

للأعمدة والكمرات والأسقف والجدران وجميع الهياكل الحاملة للبناء مما يجعلها غير قادرة على استيعاب ما تتعرض له من زيادة فى التحميل لأى سبب من الأسباب ، ويميل بها إلى ناحية الضعف الذى يؤدى إلى ظهور العيب بها .

كذلك قد تتمثل فى الخطأ فى قياسات الأبعاد المختلفة ، بحيث تكون غير متناسبة وسمك الأعمدة الحاملة، أو الجدران، أو الأسقف أو الكمرات الرابطة (١). أو فى قياس زوايا الارتفاع والانخفاض المختلفة ، على خلاف ما تقتضيه قواعد الفن وأصول الصنعة ، كأن يصمم ميل مظلة السقف بزاوية انخفاض قدرها ٢٥ درجة فى حين تقضى الأصول الفنية أن تكون ٤٠ درجة .

كما يمكن أن تتمثل أيضا فى الخطأ فى تصميم المنافع العامة بالبناء كالخطأ فى تحديد أماكن دخول مياه الشرب وأماكن التغذية بها أو تحديد أماكن خروج مياه الصرف أو تصريف مياه الأمطار (٢).

ومن عيوب التصميم ما تفرضه القوانين المنظمة لعمليات البناء وما تستوجبه لوائح التنظيم من قيود . وفى هذا المعنى جاء فى مجموعة واجبات

---

(١) فتحى غيث ص ١٠٢ .

(٢) عبد الرازق حسين يس ص ٧٤٧ .

المهـــنة بفرنسا أنه يتعين " على المهندس أن يحرص على مراعاة كل القيود القانونية واللائحية الواجبة التطبيق على الأعمال المكلف بها "[١].

فيكون المهندس مسئولا عن تجاوز خط التنظيم أو تجاوز قدر الارتفاع المسموح به ، أو القدر المسموح به فى البروزات أو المطلات ، أو وصنع تصـــميم مخالف كلية للنمط المعمارى السائد فى المنطقة أو الحى أو المدينة والـــذى تحكمـــه قوانين ولوائح التنظيم المختصة بهذه الأماكن أو مخالفة التصميم للنمط فى الواجهات [٢].

وقد قضى بأن " من واجبات المهندس المعمارى أن يلاحظ عند وضع الرســـم أحكام القوانين المتعلقة بالجوار وقيود البناء وحقوق الارتفاق ، سواء ما كان منها مفروضا بحكم القانون أو ناشئا عن الاتفاق أو بسبب موقع الأرض الطبيعى،وله فى سبيل ذلك أن يكلف المالك بتقديم مستندات ملكـــية الأرض المطلوب إقامة البناء عليها حتى يتأكد من ذلك كله، فإذا امتنع المالك عن تقديمها إليه التزم المهندس بأن يحصل منه على إقرار بشأن حقوق الارتفاق أو القيود التى لم يحط بها علما " [٣].

---

(١) محمد شكرى سرور ص ٦٢ .

(٢) عبد الرازق حسين يس ص ٧٥٠ وما بعدها .

(٣) مصر الوطنية ١٩٤٤/١٠/٣١ المحاماة ٢٦ رقم ٩٨ ص ٢٦٢ .

وتنص المادة الرابعة من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ (المعدل) على أنه: " لايجوز إنشاء مبان أو إقامة أعمال أو توسيعها أوتعليتها أو تعديلها أو تدعيمها أو إجراء أى تشطيبات خارجية إلا بعد الحصول على ترخيص فى ذلـــك من الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم وفقا لما تبينه اللائحة التنفيذية .

ولايجوز الترخيص بالمبانى أو الأعمال المشار إليها بالفقرة الأولى إلا إذا كانت مطابقة لأحكام هذا القانون ومتفقة مع الأصول الفنية والمواصفات العامة ومقتضيات الأمن والقواعد الصحية التى تحددها اللائحة التنفيذية .

وتـــبين اللائحة التنفيذية الشروط والأوضاع اللازم توافرها فيما يقام من الأبنية على جانبى الطريق عاما كان أو خاصا وتحدد التزامات المرخص له عند الشروع فى تنفيذ العمل وأثناء التنفيذ وفى حالة التوقف عنه .

كما تحدد اللائحة التنفيذية الاختصاصات المخولة للسلطات المحلية فى وضع الشروط المتعلقة بأوضاع وظروف البيئة والقواعد الخاصة بالوجهات الخارجية " .

وتنص المادة الخامسة من القانون على أن : " يقدم طلب الحصول على الترخيص من المالك أو من يمثله قانونا إلى الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظـــيم مـــرفقا به المستندات والإقرارات والنماذج التى تحددها اللائحة التنفيذية .

ويكون المهندس المصمم مسئولا مسئولية كاملة عن كل ما يتعلق بأعمال التصـــميم ، وعليه الالتزام فى إعداد الرسومات وتعديلها بالأصول الفنية والمواصـــفات القياســـية المصرية المعمول بهـــا وقت الإعداد، والقرارات الصادرة فى شأن أسس تصميم وشروط تنفيذ الأعمال الإنشائية وأعمال البناء وذلك فيما لم يرد فيه نص خاص فى اللائحة التنفيذية لهذا القانون ".

وهذا تأكيد لمسئولية المهندس المعمارى عن التصميم .

فـــإذا اقتصـــر عمـــل المهندس المعمارى على وضع التصميم ، وجاء التصميم معيبا ، وترتب عليه تهدم فى العقار أو وجـــود عيب فيه ، كان مسئولا عن الضرر الذى حدث من العيب فى التصميم . ولكنه لا يكون مسئولا عن عيوب التنفيذ لأنه لم يكن مشرفا عليه . كما لا يكون المقاول الـــذى قـــام بالتنفيذ ملتزما بضمان عيوب التصميم إذ التصميم ليس من وضـــعه ، ولكن إذا كان العيب فى التصميم من الوضوح بحيث لا يخفى على المقاول المجرب أى المقاول العادى وأقدم المقاول رغم ذلك على تنفيذ التصميم فإنه يكون ملتزما بالضمان بالتضامن مع المهندس المعمارى .

(أنظر نقض طعن رقم ١٨٤٧ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٣/١١/١٨ - منشور ببند ٨٤)

أما إذا قام المهندس المعمارى بوضع التصميم ثم أشرف على التنفيذ أيضا، كـــان مسئولا عن عيوب التصميم وعيوب التنفيذ معا . ويكون مسئولا بالتضامن مع المقاول عن عيوب التنفيذ .

وكانــت المادة ٨٩٧ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على أنــه : " إذا عمــل المقاول بإشراف مهندس معمارى ، أو بإشراف رب العمل وقد جعل نفسه مكان المهندس المعمارى،فلا يكون المقاول مسئولا إلا عن العيوب التى تقع فى التنفيذ ، دون العيوب التى تأتى من الغلط أو عدم التبصر ، فى وضع التصميم " (١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" نظم المشرع عقد المقاولة بالمادة ٦٤٦ وما بعدها من القانون المدنى، وأورد بهــذه المــواد القواعد المتعلقة بالمهندس المعمارى باعتبار عمله فى وضــع التصــميم والمقايســة وفى مراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية لــلمقاولات يندرج فى صورها ، وجعل قواعد المسئولية عن تهــدم البناء وسلامته تشمل المهندس المعمارى والمقاول على سواء ما لم يقتصر عمل المهــندس على وضع التصميم فلا يكون مسئولا إلا عن العيوب التى أتت مــنه . ومن ثم فإن ضمان المهندس المعمارى أســاسه عقد يبرم بينه وبين رب العمل يستوجب مسئوليته عن أخطاء التصميم أو عيوب التنفيذ " .

(طعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢٧)

٧٦ ـ مدة الضمان :

تــنص المادة ٦٥١ مدنى — كما رأينا — على أن مدة ضمان المهندس المعمارى والمقاول عشر سنوات .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٥ ص ٢٥ .

فيضمن المهندس المعمارى والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أوجزئى فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى، أو ما يوجد فى خلال هذه الفترة من عيوب تهدد متانة البناء وسلامته (م ٦٥١ مدنى) .

فقــد قدر الشارع مدة عشر السنوات لاختبار متانة البناء وصلابته ، وحســن تنفيذ كافة الأعمال المتعلقة به . وصلاحيته لأداء الغرض الذى أنشئ من أجله . فاكتفى بها مدة للضمان، بحيث لو نقصت عن ذلك، لما كانت كافية لأن يحدث فيها التهدم ، أو يظهر فيها العيب المعتبر قانونا ، وبذلك تذهب الحكمة من تقرير هذا الضمان ، وكذلك لو قدر الضمان بأكثر من ذلك ، لكان عبئا ثقيلا على المهندس المعمارى والمقاول، وهو أمر غـير مرغوب فيه ، لما يترتب عليه من صيرورة هذا الضمان سيفا مسلطا عليهما ، وربما كان عائقا لهما- لا سيما المهندس المعمارى- عن الابتكار والتجديد فى مجال نحن أحوج ما نكون فيه إلى ذلك [١].

وسبب الضمان الراجع إلى وضع التصميم يكون قائما قبل التسليم ، بــل قبل التنفيذ ويستمر هكذا قائما حتى بعد التنفيذ والتسليم ، ولذلك يكون هذا السبب موجبا للضمان دون حاجة إلى تحديد وقت معين يقوم فيه فهو قائم منذ البداية .

---

(١) عبد الرازق حسين يس ص ٢٨٧ .

أماسبب الضمان الراجع إلى التنفيذ فقد يوجدقبل التسليم ويكون خفيا فيتسلم رب العمل الشئ دون أن يفطن للعيب . ومن ثم يكون العيب موجبا للضمان ، دون حاجة إلى تحديد وقت معين يقوم فيه والسبب الذى يحتاج إلى وقت معين يقوم فيه هو السبب الذى يرجع إلى التنفيذ إذا طرأ بعد التسليم . فقد كانت القواعد العامة تقضى بأن السبب الذى يطرأ بعد التسليم لا يكون موجبا للضمان ، ولكن نظرا لخطورة المبانى ووجوب امتداد الضمان إلى ما بعد التسليم كما سبق القول ، فقد حدد المشرع مدة لذلك هى عشر سنوات تبدأ من وقت التسليم . وقد رأى المشرع أن هذه مدة كافية لاختبار متانة البناء وصلابته،فإذا لم يحدث فيه عيب طول هذه المدة ، فقد انقضت مدة الضمان ، ولا عبرة بالعيب الذى يظهر بعد ذلك ،حتى لوكان العيب يرجع إلى مخالفة عمدية للشروط والمواصفات المتفق عليها .

وإذا تهدم البناء بعد مضى أكثر من عشر سنوات ، فإن رب العمل يلتزم بوصفه حارسا للبناء بتعويض من أصابه ضرر بسبب تهدم البناء ، غير أنه لا يجوز لرب العمل الرجوع على المهندس المعمارى أو المقاول بالضمان بما دفعه للمضرور [1].

---

(١) السنهورى ص ١٥٤ -محمد لبيب شنب ص١٣٢- وعكس ذلك نقض فرنسى ٢٨ يونية سنة ١٩٣٨ ، وأساس الرأى المخالف أن المضرور لو طالب المقاول مباشرة ، ما كان لهذا الأخير أن يدفع هذه المطالبة بمضى عشر سنوات على قبول رب العمل البناء ، لأن مسئولية المقاول تجاهه مسئولية تقصيرية .

ويبدأ سريان مدة عشر السنوات من وقت تسلم العمل، فيجب لإعمال مسئولية المهندس المعمارى أو المقاول أن يحدث الضرر الذى يضمناه فى خلال عشر سنوات تبدأ من وقت قبول العمل ، أى من وقت معاينة رب العمل للبناء وإقراره بمطابقته لما هو متفق عليه ، فإذا حرر محضر بالقبول سرت المدة من تاريخ هذا المحضر ، أما إذا لم يحرر محضر، وأمكن استخلاص القبول ضمنا من تسلم رب العمل للبناء بدون إبداء تحفظ، فإن المدة تحتسب من تاريخ هذا الاستلام ، فإن لم يحرر محضر بالقبول و لم يثبت تاريخ شغل رب العمل للمكان، فإن المدة تبدأ من تاريخ تسوية الحساب مع المقاول، سواء قام رب العمل بعمل التسوية بنفسه، أو أناب عنه المهندس المعمارى، وذلك على أساس أن عمل هذه التسوية يفيد القبول من وقتها على الأقل[1] .

وإذ كان محضر التسليم قد حرر بعد التسلم الفعلى ، فالعبرة بتاريخ التسلم لا بتاريخ المحضر، وكذلك الأمر فيما لو سبق التسلم الفعلى تسوية الحساب مع المقاول. فالعبرة بتاريخ التسلم الفعلى. أما إذا كان التسلم قد سبق إنجاز العمل ، فالعبرة بتاريخ إنجاز العمل لا بتاريخ التسلم الفعلى .

أما إذا أبى رب العمل التسلم ، فإن المدة تبدأ من وقت إعذاره . وإذا كان التسليم على عدة دفعات، فمن وقت تمام تسليم آخر دفعة إذا كانت المنشآت لا يمكن تجزئتها لارتباط بعضها ببعض من ناحية الصلابة والمتانة.

(١) محمد لبيب شنب ص ١٢٩ .

أما إذا كانت المنشآت يمكن تجزئتها بحيث لا ارتباط بين جزء وآخر فمن وقت تسلم كل جزء بالنسبة إلى هذا الجزء [١].

وواقعة التسلم واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات .

وغالبا ما يكون متفقا على أن يتم استلام العمل على مرحلتين : مرحلة يكون فيها الاستلام مؤقتا وتستمر فترة معينة ، وبعدها يصبح الاستلام نهائيا، والغرض من الاستلام المؤقت هو تمكين رب العمل من معاينة البناء معاينة دقيقة تسمح له بالتأكد من مطابقته لما هو متفق عليه ، إذ توجد عيوب لا يمكن اكتشافها إلا باستعمال البناء ، ومن المقرر أن الاستلام المؤقت لا يفيد قبول رب العمل البناء، وبالتالي فإن مدة عشر السنوات لاتبدأ من تاريخ الاستلام المؤقت، بل من تاريخ الاستلام النهائى بشرط أن يفيد القبول [٢] .

ويقع عبء إثبات تسلم العمل وتاريخه على عاتق رب العمل ، لأنه هو الذى يدعى الضمان الخاص، ويطلب الاستفادة من تطبيق قواعده . ويمكن إثبات التسلم وتاريخه بمحضر التسليم إذا وجد أو بتسوية الحساب بين رب العمل والمقاول إذا وجد مستند يثبت ذلك. أو بأية طريقة من

(٢) محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٠٣ .

(١) محمد لبيب شنب ص ١٣٠ – السنهورى ص ١٥٤ وما بعدها هامش (٢).

طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود والقرائن لأن التسلم واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق [١].

ويبين من عبارة الفقرة الثانية من المادة ٦٥١ أنه يكفى لتحقق الضمان وجود العيب فى خلال هذه المدة ، ولو لم ينكشف العيب إلا بعد انقضاء هذه . وفى هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم ومدته ثلاث سنوات إلا من وقت انكشاف العيب لا من وقت وجوده كما سنرى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تسلم رب العمل البناء تسلما نهائيا غير مقيد بتحفظمامن شأنه أن يغطى ما بالمبنى من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسلم أو معروفة لرب العمل ، أما ما عدا ذلك من العيوب مما كان خفيا لم يستطع صاحب البناء كشفه عند تسلمه البناء فإن التسليم لا يغطيه ولا يسقط ضمان المقاول والمهندس عنه . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن العيب الموجب لضمان المقاول ناشئ عن خطئه فى إرساء الأساسات على أرض طفلية غير صالحة للتأسيس عليها وعدم النزول بهذه الأساسات إلى الطبقة الصلبة الصالحة لذلك وأن التسليم لا ينفى ضمان المقاول لهذا العيب فإنه لا يكون قد خالف القانون لأن هذا العيب يعتبر من غير شك من العيوب الخفية التى لا يغطيها التسليم " .

(طعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/١٠)

---

(١) الدناصورى والشواربى ص ١٣٦٥ – محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٠٤ .

٢- (أ)- " المقــرر فى قضاء هذه المحكمة أن تسلم رب العمل البناء تســليما، نهائــيا غــير مقيد بتحفظما وإن كان لا يسقطضمان المقاول والمهــندس عن العيوب الخفية التى لم يستطع صاحب البناء كشفها عند تســلم البناء إلا أن من شأنه أن يغطى ما بالمبنى من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسليم أو معروفة لرب العمل " .

(ب)- " إذا كــان الثابت أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بدفاع حاصله أن المطعون ضده تسلم المبنى محل عقد المقاولة المبرم بينهما بموجــب محضــر التسليم المؤرخ ١٩٨١/١١/١٦ الذى تضمن تسوية الحســاب بيــنهما بشأن الأعمال المتفق عليها فيه دون ثمة اعتراض من المطعون ضده بما يدل على قبوله للأعمال المتعلقة بالتشطيبات الظاهرة مما يعتبر نزولا منه عن الضمان وكان من شأن هذا الدفاع — لو فطنت إليه المحكمة- تغيير وجه الرأى فى الدعوى إذ أن مؤداه عدم مسئولية الطاعن عن العيوب الظاهرة ، وكانت محكمة الموضوع قد التفتت عن تناول هذا الدفــاع الجوهرى ولم تعن بتمحيصه أو الرد عليه فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بقصور مبطل " .

(طعنان رقما ٣٢٤٦، ٤٥٩١ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/٤/٢٠)

٣- " لما كان من المقرر قانونا أن مسئولية المقاول عن سلامة البناء لا تقــوم أثناء تنفيذ عقد المقاولة فحسب وإنما تمتد إلى ما بعد تسليم البناء وذلك فى حالةما إذا كانت العيوب خفية لايستطيعصاحب العمل كشفها أثــناء التنفيذ ، وهى مسئولية عقدية تتحقق إذا خالف المقاول الشروط

والمواصفات المتفق عليها فى عقد المقاولة أو انحرف عن أصل الفن وتقاليد الصـــنعة وعـــرفها أو أســـاء استخدام المادة التى قدمها من عنده والتى يستخدمها فى العمل أونزل عن عناية الشخص المعتاد فى تنفيذ التزامه ".

(طعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٧/١)

وإذا احتاج البناء إلى إصلاح ، فقام به المقاول مقرا بمسئوليته عنه، ولم يكن من الممكن التمييز بين الأعمال الأصلية وأعمال الإصلاح التى أجريت قـــبل مضى مدة الضمان ، فإن مدة عشر سنوات جديدة تبدأ من تاريخ إتمام الأعمال الجديدة [١].

٧٧- زيادة مدة الضمان :

إذا كان المقاول قد استعمل طرقا احتياطية لحمل رب العمل على قبول بناء غير مطابق للمواصفات المتفق عليها أى ارتكب غشا، فإن هذا القبول يكـــون باطلا ، وبالتالي لا يمتنع على رب العمل الرجوع بالضمان ولو لم يقع التهدم أو يكشف العيب إلا بعد مضى عشر سنوات من تاريخ القبول فهو يلجأ إلى دعوى المسئولية التقصيرية، وهى لاتتقادم إلا بخمس عشرة سنة من وقت وقوع الغش أوبثلاث سنوات من وقت العلم بالغش، وهذا عند من يقولون بالخيرة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية[٢].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٣١ - محمد شكرى سرور ص ٢٦٤ وما بعدها .

(٢) السنهورى ص ١٥٦ هامش (٢) – محمد لبيب شنب ص ١٣١ .

٧٨ـ طبيعة مدة الضمان :

مدة الضمان المنصوص عليها بالمادة ٦٥١ مدنى هى مدة احتبار لمتانة البناء وصلابته وسلامته ، وليست مدة تقادم ، ولذلك فإنها لاتوقف ولو وجـد مـانع يتعذر معه على رب العمل أن يطالب بحقه ، أو كان رب العمل غير كامل الأهلية ، أو غائبا أو محكوما عليه بعقوبة جناية و لم يكن له نائب يمثله قانونا (م٣٨٢ مدنى) . كذلك لا يرد عليها الانقطاع [١].

كما يجوز الاتفاق على إطالة مدة الضمان ، كان تكون خمس عشرة سنة أو أكثر ، وقد تقضى بذلك حسامة المنشآت ودقة العمل بهـا بحيث أن اختبار متانتها وصلابتها يحتاج إلى مدة أطول من عشر سنوات .

غير أنه لا يجوز الاتفاق على إنقاص مدة الضمان عن عشر سنوات ، لأن المـادة ٦٥٣ مـدنى تنص على أن يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفـاء المهندس المعمارى والمقاول من الضمان أو الحد منه ، وفى إنقاص مدة الضمان حدامنه .

غير أنه إذا بدأ سريان مدة الضمان فإنه يجوز لرب العمل النزول عن جزء منها لأنه يستطيع أن ينزل عن الضمان بعد تحققه — كما سنرى — فأولى أن ينزل عن بعض الضمان ، ويتحقق ذلك عملا بألا يتمسك رب العمل بكمال المدة لدى القضاء ، فيعتبر هذا نزولا منه عن حقه [٢].

---

(١) محمـد لبيب شنب ص ١٢٩ وما بعدها — محمد كـامل مرسى ص ٥٠٧ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ١٥٧ .

٧٩ـ حالة تكون فيها مدة الضمان أقل عن عشر سنوات :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى تنص على أن : " يضمن المهـــندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى .. ما لم يكن المتعاقدان فى هذه الحالةقد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات " .

ومفاد هذا أنه إذا قصد رب العمل والمهندس المعمارى أو المقاول أن تـــبقى المبانى والمنشآت الثابتة الأخرى مدة تقل عن عشر سنوات ، فإن مدة الضمان تكون- بداهة — فى هذه الحالة أقل من عشر سنوات ، ومثل ذلك أن يكون هناك معرض مدته سنة مثلا ، وأقام أحد العارضين مبنى فى المعـــرض يعرض فيه بضائعه ، فإن المفروض أن هذا المبنى لا يدوم إلا سنة واحدة .

٨٠ ـ أساس دعوى الضمان :

الضمان الخاص للمهندس المعمارى والمقاول يقوم على المسئولية العقدية، لأنه يستند إلى الإخلال بالالتزام العقدى الذى أنشأه عقد المقاولة فى ذمة المهـــندس المعمارى والمقاول بأن تكون المبانى المشيدة خالية من العيوب ، فإذا تهدم البناء أو ظهر فيه عيب ، فقد تحققت المسئولية العقدية للمهندس المعمارى والمقاول ،سواء نص عليها العقد أو لم ينص [١]. لأن هذا الالتزام يترتب على كل عقد مقاولة بنص القانون .

---

(١) الدناصورى والشواربى ص ١٣٦٨ .

ويترتب على كون مسئولية المهندس المعمارى والمقاول مسئولية عقدية أنهمـا لا يلتزمان إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد (م ٢٢١ مدنى) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن مسئولية المقاول أو المهندس عن خلل البناء بعد تسليمه طبقا للمادة ٤٠٩ لا يمكن اعتبارها مسئولية تقصيرية أساسها الفعل الضار من جنحة أو شبه جنحة مدنية ، ولا يمكن كذلك اعتبارها مسئولية قانونية من نوع آخر مستقلة بذاتها ومنفصلة عن المسئولية العقدية المقررة بين المقاول وصاحب البناء على مقتضى عقد المقاولة، وإنما هي مسئولية عقدية قررها القانون لكل عقد مقاولة على البناء سواء أنص عليها فى العقد أم لم ينص ، كمسـئولية البائع عن العيوب الخفية فإنها ثابتة بنص القانون لكل عقد بيع على أساس أنها مما يترتب قانونا على عقد البيع الصحيح " .

(طعن رقم ٥٧ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/١/٥)

٢- " لم تشـترط المادة ٤٠٩من القانون المدنى القديم لقيام مسئولية المقـاول والمهـندس المعمارى غير حدوث الخلل فى البناء و لم تنقل عن التشـريع الفرنسى ما تقضى به المادة ١٧٩٢ من ضرورة حصول التهدم الكلى أو الجزئى ، ومن ثم فإنه وفقا لما جرى به قضاء هذه المحكمة يكفى لقبول دعوى الضمان أن يكون العيب المدعى به فى البناء خللا فى متانته وأن يكون خفيا بحيث لا يكون فى استطاعة صاحب البناء اكتشافه وقت

التسلم ، كمسئولية البائع عن العيوب الخفية مع فارق فى مدة الضمان إذ جعلها القانون فى حالة خلل البناء مدة عشر سنين كاملة " .

(طعن رقم ٨٠ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٦/٩)

٣- (أ) — " يكفى لقيام الضمان المقرر فى المادة ٦٥١ سالفة الذكر حصول تهدم بالمبنى ولو كان ناشئا عن عيب فى الأرض ذاتها وبحسب الحكم إقامة قضائه بمسئولية المقاول طبقا لهذه المادة على حدوث هذا التهدم خلال مدة الضمان " .

(ب)- " التزام المقاول والمهندس الوارد فى المادة ٦٥١من القانون المدنى هو التزام بنتيجة هى بقاء البناء الذى يشيدانه سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسليمه ومن ثم يثبت الإخلال بهذا الالتزام بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما " .

(طعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/١٠)

٤- " نظم المشرع عقد المقاولة بالمادة ٦٤٦ وما بعدها فى القانون المدنى، وأورد بهذه المواد القواعد المتعلقة بالمهندس المعمارى باعتبار عمله فى وضع التصميم والمقايسة وفى مراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج فى صورها ، وجعل قواعد المسئولية عن تهدم البناء وسلامته تشمل المهندس المعمارى والمقاول على سواء ما لم يقتصر عمل المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسئولا إلا عن العيوب التى أتت منه . ومن ثم فإن ضمان المهندس المعمارى أساسه عقد يبرم بينه وبين رب العمل يستوجب مسئوليته عن أخطاء التصميم أو عيوب التنفيذ ".

(طعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢٧)

٨١- إثبات مسئولية المهندس المعمارى والمقاول :

ذكــرنا سلفا أن التزام المهندس المعمارى والمقاول هوالتزام بنتيجة ، وليس التزاما ببذل عناية ، ومن ثم إذا شاء رب العمل الرجوع بالضمان على المهندس المعمارى أو المقاول ، وجب عليه إثبات وجود عقد مقاولة بينه وبينهما، وبإثبات حصول تهدم كلى أو جزئى فى البناء الذى أقاماه أو وجود عيب يهدد متانته وسلامته، وذلك طبقا للقواعد العامة فى المسئولية العقدية . ويجوز له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن ، كما يجوز للمحكمة ندب خبير للوقوف على ذلك .

غير أن رب العمل لا يكلف بإثبات خطأ فى جانب المهندس المعمارى أو المقــاول ، لأن الإخلال بالتزام عقدى يثبت الإخلال به بمجرد إثبات عدم تحقق هذه النتيجة .

كما يجوز لرب العمل إذا توافر شرط الاستعجال أن يلجأ إلى القضاء المستعجل ، برفع دعوى إثبات حالة مستعجلة .

جزاء الضمان :

٨٢- (أ)- التعويض النقدى وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه :

إذا تحققت مسئولية المهندس المعمارى والمقاول طبقا للمادة ٦٥١ مدنى، فإنهما يلتزمان بتعويض رب العمل عن الضرر الذى لحقه، ويشمل التعويض طبقا للقواعد العامة ما لحق رب العمل من خسارة وما فاته من كسب (م ٢٢١ مــدنى) ، فيشمل التعويض نفقات إعادة البناء إذا كان الضرر هو تهدم كلى أو جزئى أو إصلاح العيب إذا كان الضرر عيبا فى البناء ، وإذ

كانت إعادة البناء أو الإصلاح لم يؤد إلى إصلاح كل الضرر كأن نرتب عليها تشويه منظر المبنى أو الإقلال من منفعته مما خفض من قيمته الإيجارية، كان لرب العمل الحق فى التعويض عن ذلك أيضا . وإذا أدى تهدم البناء إلى مساءلة رب العمل قبل الغير، فإن ما دفعه للغير من تعويضات، يدخل ضمن التعويض المستحق له قبل المهندس والمقاول [١].

ويقتصر التعويض على الضرر المباشر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، فلا يشمل الضرر غير المتوقع، ما لم يوجد غش أو خطأ جسيم ، فيكون التعويض عن الضرر المباشر ولو كان غير متوقع الحصول (م ٢/٢٢١ مدنى) . ويعتبر ضررا متوقع الحصول أن بتهدم البناء فيقع على أحد المارة فيصبه بضرر ويرجع المضرور بالتعويض على رب العمل ، فيدخل هذا التعويض ضمن الأضرار التى أصابت رب العمل. وإذا كانت هناك منقولات لرب العمل داخل البناء، فأتلفها انهدام البناء أو العيب، فإن هذا يعتبر ضررا يستوجب التعويض .

وكما يكون التعويض عن ضرر حال فإنه يكون أيضا عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع ، فإن قدرت محكمة الموضوع أن هدم المبنى مثلا أمر محتم فإن لها تقدير التعويض على أساس وقوع الهدم .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٤٧ – فتيحه قره ص ١٧٢ وما بعدها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" التعويض كما يكون عن ضرر حال فإنه يكون أيضا عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع فإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت- فى حدود سلطتها التقديرية – إلى أن هدم المبنى أمر محتم ولا محيص من وقوعه ، فإنها إذ قدرت التعويض المستحق للمطعون ضدها على أساس وقوع هذا الهدم ، لا تكون قد قدرته عن ضرر احتمالى وإنما عن ضرر مستقبل محقق الوقوع " .

(طعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/٦/١٠)

أما إذا كان الضرر محتمل الوقوع فقط أى ليس محقق الوقوع فى المستقبل ، فإنه لا يكون محلا للتعويض ، ومثل ذلك أن يكون مبنى واحد فقط من بين المبانى المشيدة بنفس الطريقة وقدرها واحد وعشرون ، ظهر أنه غير صالح للغرض المخصص له بسبب ما ظهر به من عيب ، فلا يجوز للمالك أن يطالب بتعويض الضرر المحتمل فى العشرين الآخرين [(١)].

وتقضى القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ٢/١٧١ مدنى على أنه : " يجوز للقاضى ، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر

---

(١) محمد شكرى سرور ص ٣٦٩ هامش (٣٠) – ومع هذا يشير بأنه قضى بأن: " الخشية المبررة من ظهور عيوب جديدة ، إنما تشكل عنصرا من العناصر التى تقلل من قيمة العمارة " .

بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه .. وذلك على سبيل التعويض "، ومن ثم فإنـــه يجـــوز للقاضى بدلا من القضاء بالتعويض النقدى أن يحكم بإعادة الحـــال إلى ما كانت عليه أى يقضى بإلزام المهندس المعمارى أو المقاول بإعـــادة الجـــزء المتهدم أو إصلاح العيب ، ولها أن تحدد لهما أجلا لإتمام ذلـــك، وأن ترخص لرب العمل بالقيام بالإصلاح على نفقتهما إذا مضى الأجل و لم يقوما به .

والخـــيار بين الحكم بتعويض نقدى ، وبين الأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه متروك للمحكمة ، فلا يستطيع رب العمل أو المقاول إلزامها باختـــيار أيهما وللمحكمة فضلا عن الحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه ، أن تحكم بتعويض لرب العمل إذا كانت إعادة الحال لن تزيل كل الضرر ، كما لو استغرق الإصلاح وقتا ، فضاعت على رب العمل بذلك منفعة البناء فى خلال هذا الوقت [١].

وإذا كـــان الإصلاح العينى يحدث زيادة فى قيمة العقار ، بأن كانت المـــواد الجديـــدة أفضل من المواد الواردة فى المقايسة أو أجريت أعمال إضـــافية، فإنه تجب مراعاة تلك الزيادة . وليس لرب العمل أن يطلب فى كـــل الأحـــوال الإصـــلاح العينى، لأن الأمر ليس متعلقا بتنفيذ الالتزام

---

(١) محمـــد لبيب شنب ص ١٤٨ – فتيحه قره ص ١٧٣- محمد شـــكرى سرور ص٣٦٦.

التعاقدى، إذا المهندس المعمارى والمقاول قد وفياه وسلما العمل . بل هو متعلق بضمان إضافى خوله القانون [١].

ويجـــوز للمحكمة أن تقضى بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه مع أداء تعويـــض نقدى ، إذا كانت الإصلاحات لا تصل إلى إزالة العيوب كلية وإنما تجعلها مقبولة .

وتجوز المطالبة بها بدعوى الإثراء على حساب الغير [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لا وجـــه لتضرر الطاعن من تقدير التعويض على أساس هدم المنزل مادامـــت محكمة الموضوع قد انتهت فى حدود سلطتها التقديرية إلى أن إصلاح العيب الموجود فى أساس المبنى- وهوما كان يقتضيه الحكم بالتنفيذ العينى — يتكلف أضعاف ما انتهت المحكمة إلى القضاء به من تعويض " .

(طعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/١٠)

٨٣ (ب) — فسخ العقد :

يجـــوز لرب العمل إذا لم يوف المهندس المعمارى أو المقاول بالتزاماته الناشئة عن العقد أن يطلب — بعد إعذاره — فسخ العقد مع التعويض إن كـــان له مقتض ، ويترتب على الفسخ إعادة الشئ إلى أصله كهدم البناء

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٩٨ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٩٩ .

المغيب وإعادة الأرض إلى أصلها. ولكن القاضى لا يلجأ إلى ذلك إلا عند الضرورة القصوى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الثابت من مدونات العقد المؤرخ ٩ نوفمبر سنة ١٩٨٣ أن الطاعن والمطعون ضده السابع قد التزما بموجبه باعتبارهما مقاولين بأن يشيدا العقار محل التداعى طبقا للشروط الفنية والهندسية المتفق عليها به فى مقابل التزام المطعون ضدهم الستة الأول بتمليكهما ثلثى الأرض والبناء وإذ أثبت الحكم المطعون فيه من مطالعته لتقارير الخبراء المقدمة فى الدعوى ظهور عيوب جسيمة فى تصميم بناء هذا العقار وفى تنفيذه وفى مواد البناء المستخدمة فيه وأن هذه العيوب يتوقع زيادتها مستقبلا وأن ترميمها يحتاج إلى أسلوب فنى متخصص تحت إشراف فنى دقيق وأن التأخير فى أعمال الترميم يترتب عليه آثار سلبيه تؤثر على سلامة العقار على المدى الطويل بما يحق للمطعون ضدهم إقامة هذه الدعوى للمطالبة بفسخ العقد وإذ أجابه الحكم المطعون فيه لذلك منتهيا إلى هذه النتيجة الصحيحة فإنه لا يكون قد خالف القانون أيا كان الرأى فى تكييفه القانونى للعقد سند الدعوى ".

(طعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٧/١)

وينبنى على القضاء بفسخ عقد المقاولة انحلاله واعتباره كأن لم يكن ، ولايكون رجوع المقاول – الذى أخل بالتزاماته – بقيمة ما استحدثه من أعمال إلا استنادا إلى مبدأ الإثراء بلا سبب عملا بالمادة ١٧٩ مدنى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الحكم بفسخ عقد المقاولة ينبنى عليه انحلاله واعتباره كأن لم يكن، ولايكون رجوع المقاول-الذى أخل بالتزامه-بقيمةما استحدثهمن أعمال إلا استنادا إلى مبدأ الإثراء بلا سبب لا إلى العقد الذى فسخ وأصبح لا يصلح أساسا لتقدير هذه القيمة . ولما كان مقتضى مبدأ الإثراء وفقا للمادة ١٧٩ من القانون المدنى ، أن يلتزم المثرى بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثرى ، أى أنه يلتزم بردأقل قيمتى الإثراء والافتقار ، وكان تقدير قيمة الزيادة فى مال المثرى بسبب ما استحدث من بناء يكون وقت تحققه أى وقت استحداث البناء ، بينما الوقت الذى يقدر فيه قيمة الافتقار هو وقت الحكم ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر والتزم فى تقدير قيمة ما زاد فىمال المطعون عليه – رب العمل- بسبب ما استحدثه الطاعن- المقاول- من أعمال البناء ، الحدود الواردة على عقد المقاولة الذى قضى بفسخه ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٥٨٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٣/١٧)

٨٤ ـ تضامن المهندس والمقاول فى الضمان :

الأصل المقرر فى القواعد العامة أن التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفـــترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (م ٢٧٩ مدنى) إلا أن المــادة (٦٥١) خرجـــت فى المســئولية العشرية عن هذه القاعدة ونصـــت عـــلى أن : " يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى .... إلخ " .

ومفاد ذلك أن مسئولية المهندس المعمارى والمقاول عن التهدم الكلى أو الجـــزئى فـــيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى وما يوجـــد فى المـــبانى والمنشـــآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وســـلامته ، هى مسئولية تضامنية بمقتضى نص فى القانون . ومن ثم يجوز لرب العمل الرجوع عليهما معا متضامنين بالتعويض المطالب به أوبالرجوع عـــلى أحدهمـــا فقـــط بكامل التعويض ولا يجوز لأحدهما دفع المسئولية التضامنية عنه ينفى الخطأ عن نفسه ونسبته إلى الآخر [١].

وهـــذا التضامن من شأنه تكاتف المهندس والمقاول على الإجادة فى البـــناء للخروج به فى صورة كاملة خالية من العيوب ، وهو ما يبعث الاطمئنان فى نفس المالك ، ويحافظ على الأرواح والممتلكات . من ناحية أخرى .

---

(١) محمد شكرى سرور ص ٣٠٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادتين ٦٥١، ٦٥٢من القانون المدنى— يدل على أن نطاق الضمان المقرر بنص المادة ٦٥١ مدنى ليس قاصرا على ما يصيب البناء من تهدم كلى أو جزئى بل إنه يشمل أيضا ما يلحق هذا البناء من عيوب أخرى تهدد متانته أوسلامته ولو لم تكن مؤدية فى الحال إلى تهدمه، والأصل فى المسئولية عن هذا الضمان أن يكون المهندس المعمارى والمقاول مسئولين على وجه التضامن عن هذه العيوب طالما أنها ناشئة عن تنفيذ البناء ، وهى مسئولية تقوم على خطأ مفترض فى جانبهما ، وترتفع هذه المسئولية عنهما بإثبات قيامهما بالبناء وفق التصميم المعد لذلك والأصول الفنية المرعية وأن العيب الذى أصاب البناء ناشئ عن خطأ غيرهما ، وبالتالي إذا كانت هذه العيوب ناشئة عن تصميم البناء ، دون أن تمتد إلى تنفيذه ، فإن الضمان يكون على المهندس واضع التصميم وحده باعتبار أنه وحده الذى وقع منه الخطأ " .

(طعن رقم ١٨٤٧ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٣/١١/١٨)

٨٥ ـ اقتسام المسئولية بين المهندس والمقاول :

قاعدة تضامن المهندس المعمارى والمقاول فى الضمان إنما تثبت لرب العمل قبل المهندس المعمارى والمقاول. أما فى العلاقة بين المهندس المعمارى والمقاول ، فإن المسئولية تقسم بينهما بنسبة خطأ كل منهما، ويجوز لكل

منهما أن يرجع على الآخر إذا كان العيب الذى حدث فى البناء بسبب خطئه(١).

فإذا كان الخطأ هو خطأ المهندس المعمارى، كما إذا كان الضرر يرجع إلى عيب فى الأرض وكان المهندس دون المقاول هو الذى يستطيع كشف هذا العيب ، أو كان الضرر يرجع إلى عيب فى التصميم ، وكان هذا العيب غير ظاهر بحيث لم يكن فى وسع المقاول أن يكتشفه ولو بذل عناية مقاول عادى فى دراسة التصميم ، رجع المقاول على المهندس بكل التعويض الذى حكم به عليه، أما إذا ثبت أن الضرر نشأ عن خطأ المقاول، كما لو كان قد نشأ عن استخدام المقاول لمواد معيبة بعيوب خفية لم يكن فى وسع المهندس كشفها ولو بذل عناية مهندس عادى فى فحصه لهذه المواد ، ولم يقع منه أى إهمال أو تقصير فى الإشراف على عملية البناء وإدارتها ، رجع المهندس على المقاول بكل التعويض الذى حكم به عليه.

أو إذا ثبت أن الضرر حدث نتيجة خطأ مشترك بين المهندس المعمارى والمقاول، فإن المسئولية تقسم بينهما بنسبة مساهمة خطأ كل منهما فى إحداث الضرر مع مراعاة درجة جسامة هذا الخطأ ومثال ذلك أن يثبت نشوء الضرر عن عيب ظاهر فى التصميم ، إذ يوجد خطأ من جانب

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٥١٠ .

المهندس المعمارى الذى وضع التصميم المعيب ، وعيب من جانب المقاول الذى كان فى مكنته اكتشاف هذا العيب الظاهر .

ويلاحـــظ أنه إذا كان الضرر راجعا إلى عيب فى الأرض وكان هذا العيب ظاهرا للمقاول، فإنه يكون مسئولا مع المهندس ، أما إذا كان هذا العيـــب لا يمكـــن اكتشافه إلا بعمل اختبارات جس التربة التى يقوم بهـــا المهندس، وكان المهندس قد قام بعمل هذه الاختبارات أمامه أو أخبره بأنه قام بها ، فإنه فى هذه الحالة يتحمل المهندس فى النهاية المسئولية كاملة[1].

أمـــا إذا كانت مسئولية المهندس المعمارى والمقاول قد قامت دون أن يثبـــت خطأ فى جانب أى منهما، فإن المسئولية تقسم عليهما بالتساوى، أى يلتزم كل منهما بنصف التعويض المحكوم به .

٨٦ ـ أساس رجوع كل من المهندس المعمارى والمقاول على الآخر:

وإن كـــان يوجـــد عقد مقاولة بين كل من المهندس المعمارى والمقاول وبين رب العمل ، إلا أنه لايوجد ثمة عقد بين كل من المهندس المعمارى والمقاول. ومن ثم يكون رجوع كل منهما على الآخر بنسبة ما يخصه من التعويض المقضى به لرب العمل على أساس المسئولية التقصيرية المنصوص عليها بالمادة ١٦٣ من التقنين المدنى. ويترتب على ذلك أن من يرجع منهما على الآخر يكون مكلفا بإثبات الخطأ الذى صدر منه وتسبب فى الضرر.

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٤٢ .

ويجوز أيضا لمن دفع التعويض المقضى به وأراد الرجوع على الآخر، أن يستعمل حقوق رب العمل فى هذا الرجوع، لأنه يحل محله بنص القانون (م٣٢٦/١ مدنى) ، فيكون الرجوع فى هذه الحالة بدعوى الحلول [1].

٨٧ ـ تعلق أحكام الضمان بالنظام العام :

تنص المادة ٦٥٣ مدنى على أن : " يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعمارى والمقاول من الضمان أو الحد منه "[2] .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٤٢ وما بعدها — السنهورى ص ١٥٢ الهامش — قدرى الشهاوى ص ١٦٨ .

(٢) وقد وردت هذه المادة بالمشروع التمهيدى للتقنين المدنى برقم (٨٩٩) ، وكانت تنص على أن :

" ١- فى المقاولات الصغيرة ، يجوز للمقاول أن يشترط إعفاءه من المسئولية عن العيب ، أو أن يحد من مسئوليته عن ذلك . ولكن هذا الشرط يكون باطلا إذا كان المقاول قد تعمد إخفاء العيب أو ارتكب أخطاء لا تغتفر.

٢- أما فى المقاولات الكبيرة، فيكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعمارى والمقاول من الضمان المقرر بمقتضى المواد ٨٩٤ إلى ٨٩٦ ، كذلك كل شرط يقصد به الحد من هذا الضمان " .

وفى لجنة المراجعة اقترح حذف الفقرة الأولى وصدر الفقرة الثانية لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والمقاولات الصغيرة وتعديل الفقرة الثانية تعديلا لفظيا فوافقت اللجنة على كل ذلك ، وأصبح نص المادة ما يأتى : -

فقد جعل النص أحكام ضمان المهندس المعمارى والمقاول من النظام العام، ويبرر ذلك حماية السلامة العامة ، لأن تهدم الأبنية والمنشآت المعيبة لايصيب رب العمل وحده بالضرر بل غالبا ما يؤدى إلى حدوث كوارث تصـــيب الكثيرين بأضرار فادحة فى الأرواح والأموال . فمن الضرورى حمايـــة سلامة هؤلاء جميعا من المخاطر التى تترتب على حوادث سقوط المبانى وانهيار المنشآت [1].

كما أن رب العمل لا يكون عادة ذا خبرة فنية فى أعمال البناء، بينما المهـــندس المعمارى والمقاول من رجال الأعمال ذى الخبرة الفنية ، وهما

=" يكـــون بـــاطلاكـــل شرط يقصدبه إعفاء المهندس المعمارى والمقاول من الضـــمان أو الحـــدمنه ". وأصبح رقمها فى المشروع النهائى (٦٨٢). ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم (٦٨١) .

وفى لجـــنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تليت المادة (٢٨١) وهى تقرر بطلان كـــل شرط يقصد به إعفاء المهندس والمقاول من الضمان أو الحد منه فاعترض عـــلى ذلك لأن النص يجعل هذا البطلان من النظام العام ، فقيل تبررا لذلك أنه لو حذف هذا النص سيلجأ المهندسون والمقاولون إلى تضمين عقودهم نصوصا تعفـــيهم مـــن المسئولية والمراد بالمادة حماية طبقة لا يفهمون فى مسائل البناء ، فوافقت اللجنة على إبقاء المادة على أصلها، وأصبح رقمها ٦٥٣ ووافق المجلس على المادة دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٥ ص ٢٨ ومابعدها).

(١) الدناصورى والشواربى ص ١٣٦٧ .

الطرف الأقوى فى عقود المقاولة بسبب هذه الخبرة وإذا أجيز الإعفاء من المسئولية لأمكن للمهندسين المعماريين والمقاولين الإفلات من المسئولية بتضمين عقودهم شروطا تعفيهم من المسئولية ، وفى ذلك ضرر بأرباب الأعمال الذين لا تتوافر لهم الدراية بأعمال البناء .

وقد قيل فى الدفاع عن المادة ٦٥٣ أمام لجنة مجلس الشيوخ :

" أنه لو حذف هذا النص سيلجأ المهندسون والمقاولون إلى تضمين عقودهم نصوصا تعفيهم من المسئولية والمراد بالمادة حماية طبقة لا يفهمون فى مسائل البناء [(١)].

وترتيبا على نص المادة لا يجوز الاتفاق مقدما على الإعفاء من الضمان أى حرمان رب العمل كلية من الرجوع على المهندس والمقاول فى حالة حصول تهدم أو وجود عيب . كما لا يجوز الحد من الضمان ، بأن يتفق مثلا على أن يقتصر ضمان المهندس المعمارى على التهدم الكلى دون التهدم الجزئى أو وجود عيب ، أو بأن يقتصر رجوع رب العمل على المهندس المعمارى وحده أو المقاول وحده. أو اشتراط أن يكون الضمان لمدة خمس سنوات فقط بدلا من عشر سنوات . إذ يكون الاتفاق فى الأحوال السابقة باطلا بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٣٠ .

والنص يبطل الإعفاء من الضمان أو الحد منه حتى لا يضعف من الحماية المقـــررة لرب العمل، ومن ثم فإنه يكون من الجائز تشديد الضمان، لأن ذلـــك فى صـــالح رب العمل ، فيجوز الاتفاق مثلا على أن تكون مدة الضمان خمس عشرة سنة بدلا من عشر سنوات .

٨٨ ـ جواز نزول رب العمل عن الضمان بعد تحقق سببه :

ما حظرته المادة هو الاتفاق السابق على الإعفاء من الضمان أو الحد مـــنه، أى الاتفاق السابق على تحقق سبب الضمان . أما إذا تحقق السبب الموجب للضمان بأن حدث التهدم الكلى أو الجزئى أو ظهر العيب ، فإن رب العمـــل وقـــدتبين له خطورة العيب الذى انكشف ، وثبت حقه فى الضمان، يضحى حرا بعد ذلك فله التمسك بالضمان، وله النزول عنه ، سواء كان هذا النزول صراحة أو ضمنا .

ومـــن صـــور التنازل الضمنى عن الضمان ، أن يقوم رب العمل بعد علمه بالتهدم بدفع باقى أجر المهندس أو المقاول دون تحفظ ، أو أن يقوم بإصـــلاح العيـــب دون تحفـــظ ودون أن يثبت حالته رغم أنه لم يكن مستعجلا [(١)] . أو يرجع رب العمل على المقاول أو المهندس بالضمان عن الـــتهدم الكـــلى أو الجـــزئى ولايرجع بالضمان عن العيب أو العكس.

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٤٥ — فتيحه قره ص ١٦٨- عبد الرازق حسين يس ص٣٣٥ .

سكوت رب العمل عن حق الرجوع بالضمان مدة طويلة بعد اكتشاف العيب ، إذا اقترن هذا السكوت بملابسات قاطعة فى أن رب العمل قصد بسكوته النزول عن الضمان [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " مقتضى ما نصت عليه المادتان ٦٥١و ٦٥٣ من القانون المدنى أن كل شرط فى عقد الصلح يقصد به إعفاء المهندس والمقاول من ضمان ما لم يكن قد انكشف وقت إبرامه من العيوب التى يشملها الضمان يكون باطلا . ولا يعتد به إذ لا يجوز نزول رب العمل مقدما وقبل تحقق سبب الضمان عن حقه فى الرجوع به " .

(طعن رقم ٣٤٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٣/٤/١٩٦٧)

(ب)- " إقرار رب العمل فى عقد الصلح بتسلمه البناء مقبولا بحالته الظاهـــرة التى هو عليها ليس من شأنه إعفاء المهندس والمقاول من ضمان العـــيوب التى كانت خفية وقت التسليم و لم يكن يعلمها رب العمل لأن التسليم ولو كان نهائيا لا يغطى إلا العيوب الظاهرة أو الملزمة لرب العمل وقت التسليم " .

(طعن رقم ٣٤٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٣/٤/١٩٦٧)

---

(١) السنهورى ص ١٨٠ وما بعدها .

٨٩ ـ تقادم دعوى الضمان :

تنص المادة ٦٥٤ مدنى على أن : " تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من حصول التهدم أو انكشاف العيب " .

فدعوى الضمان المنصوص عليها بالمادة ٦٥١ مدنى تسقط بانقضاء ثلاث سنوات .

وتبدأ هذه المدة من تاريخ حصول التهدم الفعلى الكلى أو الجزئى فى حالة عدم انكشاف العيب الذى أدى إليه . ومن تاريخ اكتشاف العيب دون انتظار إلى تفاقمه حتى يؤدى إلى تهدم المبنى واضطرار صاحبه إلى هدمه.

فلو حدث مثلا أن انكشف العيب أو حصل التهدم فى أوائل عشر السنوات بعد التسليم الفعلى لا يكون لرب العمل حينئذ إلا ثلاث السنوات المقررة لرفع الدعوى .

فإذا حصل التهدم أو ظهر العيب بعد انقضاء أية مدة من سنوات الضمان لا يكون لرب العمل بعدها إلا ثلاث السنوات المقررة لرفع الدعوى .

وإذا لم ترفع الدعوى خلال هذه المدة سقطت دعوى الضمان بالتقادم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مؤدى نص المادتين ٦٥١، ٦٥٤ من القانون المدنى أن ميعاد سقوط دعاوى ضمان المهندس المعمارى والمقاول يبدأ من تاريخ التهدم

الفعلى الكلى أو الجزئى فى حالة عدم انكشاف العيب الذى أدى إليه ، ومن تاريخ انكشاف العيب دون انتظار إلى تفاقمه حتى يؤدى إلى تهدم المبنى ، واضطرار صاحبه إلى هدمه . وإذا كان الثابت من الأوراق أن الطاعن قد علم بعيوب المبنى من تاريخ رفع دعوى إثبات الحالة ، ولم يثبت أن عيوبا أخرى غير تلك التى كشفها خبير تلك الدعوى أدت إلى اضطراره إلى هدم المبنى ، فإن الحكم إذ قضى بعدم قبول الدعوى لمضى أكثر من ثلاث سنوات بين انكشاف العيب ورفع الدعوى لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ، أو شابه القصور فى التسبيب ، ولا يؤثر فى النتيجة الصحيحة التى انتهى إليها الحكم المطعون فيه ما قرره من أنه يشترط لتطبيق المادة ٦٥٤ من القانون المدنى حصول تهدم تلقائى وليس هدما بفعل رب العمل " .

(طعن رقم ٣٥٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٥/٣١)

٢- " مفاد المادتين ٦٥١ ، ٦٥٤ من القانون المدنى أن المشرع ألزم المقاول فى المادة ٦٥١ من القانون المدنى بضمان سلامة البناء من التهدم الكلى أو الجزئى أو العيوب التى يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته، وحدد لذلك الضمان مدة معينة هى عشر سنوات تبدأ من وقت تسلم المبنى، ويتحقق الضمان إذا حدث سببه خلال هذه المدة على أن القانون قد حدد فى المادة ٦٥٤ مدة لتقادم دعوى الضمان المذكور ، وهى ثلاث

ســــنوات تبدأ من وقت حصول التهدم أو ظهور العيب خلال مدة عشر سنوات من تسلم رب العمل البناء إلا أنه يلزم لسماع دعوى الضمان ألا تمضى ثلاث سنوات على انكشاف أو حصول التهدم، فإذا انقضت هذه المدة سقطت دعوى الضمان بالتقادم " .

(طعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢٧)

٣- " المقـــرر فى قضاء محكمة النقض أن ميعاد سقوط دعاوى ضمان المهندس المعمارى والمقاول يبدأ من تاريخ التهدم الفعلى الكلى أو الجزئى فى حالة عدم انكشاف العيب الذى أدى إليه، ومن تاريخ انكشاف العيب دون انـــتظار إلى تفاقمه حتى يؤدى إلى تهـــدم المبنى واضطرار صاحبه إلى هدمــــه ، وأن لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى الأخذ بما تطمئن إليه من الأدلة واطراح ما عداه دون حاجة إلى الرد استقلالا على ما لم تأخذ به طالمـــا قام حكمها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت فى الأوراق . لما كـــان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قـــد أقام قضاءه على قوله " وفى ١٩٨١/١١/١٨أرسلت الجمعية خطابا إلى المقاول الذى يمثل شركة الشرق للهندسة والمقاولات مرفق به تقرير هندسى عن المبنى صادر من الدكتور مهـــندس ... بناء على تكليف الجمعية والدكتور ... والذى بين وجود عيوب وملاحظات تمثلت فى وجود هبوط ببعض أرضيات الشقق ورشح بســـقف الغـــرف الداخلية وشروخ بالمدخل والسلم وتنبه عليه بضرورة

إصـــلاح العيوب الواردة بالتقرير خلال عشرون يوما فإنه منذ كتابة هذا التقرير تبدأ مدة سقوط دعوى الضمان المنصوص عليها فى المادة ٦٥٤ مدنى ولما كانت الجمعية قد أقامت دعواها بصحيفتها المودعة فى ١٩٨٦/١١/١٩ أى بعـــد انقضاء المدة المنصوص عليها مما يكون معه الدفع فى محله ويتعين إلغاء الحكم المستأنف والقضاء بسقوط دعوى الضمان ولا ينال من ذلك قـــول الجمعية بأن علمها بالعيوب كان يعد صدور قرار اللجنة الإدارية لحـــى وســـط الاسكندرية إذ أنه فضلا عن وجود التقرير المشار إليه فإن العـــيوب الـــتى حددتها اللجنة هى بذاتها العيوب التى انتهى إليها التقرير" وكـــان مفاد هذه الأسباب أن الحكم إذ اعتد بتاريخ تقديم المهندس .... لـــتقريره فى ١٩٨١/١١/١٨ للجمعـــية الطاعنة لبدء سريان مدة تقادم دعوى الضمان المنصوص عليها فى المادة ٦٥١ من القانون المدنى قد اعتبر العـــيوب التى أوردها الخبير بتقريره من العيوب التى تهـــدد سلامة البناء ، وكان البين من مطالعة هذا التقرير والصورة الرسمية لتقرير اللجنة الإدارية لحـــى وسط الاسكندرية أن ما فصله الحكم من تقرير الخبير لا مخالفة فيه للثابـــت بـــه وأن العـــيوب التى أثبتها تقرير اللجنة الإدارية بحى وسط الاسكندرية هى بذاتها التى نقلها الحكم عن تقرير الخبير ولئن كان الخبير لم يصـــف ما حدث بالمبنى مما أشار إليه الحكم نقلا عن تقريره بأنه من العـــيوب التى تهدد سلامة البناء فإن إضفاء هذا الوصف عليه من المحكمة

لايعتبر خطأ منها فى الإسناد إذ من حقها بل من واجبها أن تتحقق مما إذا كان ما حدث بالمبنى يعتبر عيبا مما يضمنه المقاول بمقتضى المادة ٦٥١ من القانون المدنى لأن هذا شرط من شروط انطباق تلك المادة التى استندت إليها الجمعية الطاعنة فى دعواها لما كان ذلك وكانت المحكمة فى وصفها للعيوب التى حدثت بالمبنى على النحو الذى بينته فى حكمها واعتدادها بتقرير المهندس .... فى بدء سريان مدة تقادم دعوى الضمان من تاريخ تقديم هذا التقرير فى ١٩٨١/١١/١٨ للجمعية الطاعنة لم تجاوز سلطتها الموضوعية أو تخالف القانون فإن النعى على قضائها بسببى الطعن يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٤٨٤ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٩٤/٥/٢٦)

٤- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد المادتين ٦٥١، ٦٥٤ من القانون المدنى ، أن المشرع ألزم المقاول فى المادة ٦٥١ بضمان سلامة البناء من التهدم الكلى أو الجزئى أو العيوب التى يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته وحدد لذلك الضمان مدة معينة هى عشر سنوات تبدأ من وقت تسليم المبنى ، ويتحقق الضمان إذا حدث سببه خلال هذه المدة، على أن القانون قد حدد فى المادة ٦٥٤ مدة لتقادم دعوى الضمان المذكورة وهى ثلاث سنوات تبدأ من وقت حصول التهدم أو ظهور العيب وبذلك فإنه وإن كان يشترط لتحقق الضمان أن يحصل التهدم أو يظهر العيب

خــلال مدة عشر سنوات من تسلم رب العمل البناء إلا أنه يلزم لسماع دعوى الضمان ألا تمضى ثلاث سنوات على انكشاف العيوب أو حصول التهدم ، فإذا انقضت هذه المدة سقطت دعوى الضمان بالتقادم".

(طعنان رقما ٣٢٤٦ ، ٤٥٩١ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/٤/٢٠)

ويقـــع عـــلى من يتمسك بالتقادم الثلاثى لدعوى الضمان أن يثبت انكشاف العيب فى وقت معين ومضى المدة المذكورة بعدئذ .

وهو يجوز له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية — بما فيها البينة والقرائن — لأن الإثبات يرد على واقعة مادية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مـــن المقـــرر أن على صاحب الدفع إثبات دفعه ، ومن ثم على من يتمســـك بالـــتقادم الثلاثى لدعوى ضمان المقاول لعيوب البناء أن يثبت انكشاف العيب فى وقت معين ومضى المدة المذكورة بعدئذ " .

(طعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢٧)

والمقـــرر أن الدفـــع بالتقادم مما لا يتعلق بالنظام العام ، ويجب على صاحب المصلحة التمسك به . ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمنا .

وهذه المدة ، مدة تقادم فيرد عليها الانقطاع .غير أنه لايكفى لانقطاع التقادم رفع دعوى مستعجلة بإثبات الحالة .

ولا يرد الوقف على هذه المدة لأنها لا تزيد على خمس سنوات ، ولو كان رب العمل غير كامل الأهلية أو غائبا أو محكوما عليه بعقوبة جناية ولو لم يكن له نائب يمثله قانونا (م ٢/٣٨٢) مدنى[1] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفـــاد نص المادة ٤٠٩ من القانون المدنى السابق والمادة ٦٥١ من القانون المدنى الحالى المقابلة للمادة السابقة ، أن التزام المقاول هو التزام

---

(١) وقـــد ورد بمذكـــرة المشروع التمهدى عن المادة (٩٠٠) من المشروع (التى أصبحت برقم ٦٥٤) ما يأتى :

" اقتـــبس المشروع الفكرة الأساسية فى التمييز الوارد بهذا النص عن المشروع الفرنســـى الإيطالى م ٥٢١ فقرة ٢و٥٢٢ فقرة أولى (فى نهايتها) . وقد ترتب عـــلى عدم وجود نص فى التقنين الحالى يطابق الفقرة الثانية من هذه المادة ، أن محكمة الاستئناف المختلطة قررت أن دعوى المسئولية قبل المقاول بناء على نص المـــادة ٥٠٠ مـــن التقنين المختلط يجوز رفعها بعد مضى العشر السنين المقررة بالـــنص ، ولا يسقط الحق فى إقامتها إلا بمضى خمس عشرة سنة من يوم وقوع الحادث ويترتب على ذلك أنه لو حدث الخلل فى السنة العاشرة فإن الدعوى تـــبقى جائزة حتى تمر أربع وعشرون سنة من تاريخ تسلم العمل . وقد يكون الداعـــى إلى تقرير هذا الحل هو الرغبة فى ترك وقت كاف لرب العمل الذى يكتشـــف العيـــب فى آخر لحظة ، حتى ينجح فى دعواه قبل المقاول ، على أن هـــذه النتيجة تتعارض تماما مع ما رأيناه من ميل التقنينات الحديثة إلى تقصير المدة التى يبقى فيها كل من المقاول والمهندس مسئولا ، ولذلك يكتفى المشروع بـــتحديد مـــدة سنتين يجوز رفع الدعوى خلالهما ، وذلك قياسا على ما قرره المشروع الفرنسى الإيطالى (م٥٢٢) " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٣١) .

بنتيجة هي بقاء البناء الذى يشيده سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسليمه، وأن الإخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما ، وأن الضمان الذى يرجع إلى تنفيذ المقاول أعمال البناء يتحقق إذا ظهر وجود العيب فى البناء خلال عشر سنوات من وقت التسليم ولو لم تنكشف آثار العيب وتتفاقم أو يقوم التهدم بالفعل إلا بعد انقضاء هذه المدة " .

(طعن رقم ٤١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٦/٢٣)

٢- "النص فى المادة ٦٥١ من القانون المدنى على أن يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبانى أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ... ويشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة ما يوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته ... يدل على أن التزام المقاول هو التزام بنتيجة ، هى بقاء البناء الذى يشيده سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسليمه وأن الإخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد إثبات عدم تحقق النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما " .

(طعن رقم ٤٤٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٩/٦/١٢)

٩٠ـ الأسباب التى تعفى المهندس المعمارى والمقاول من المسئولية :

قدمنا أن مسئولية المهندس المعمارى والمقاول عقدية وأن التزامهما هو التزام بنتيجة ، يثبت الإخلال به بمجرد إثبات عدم تحقق هذه النتيجة فبمجرد ثبوت عدم تحقق النتيجة أى بإقامة الدليل على حصول تهدم كلى أو جزئى ، أو على وجود عيب فى البناء يعتبران مخلين بالتزامهما . إلا أنه مع ذلك يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين التهدم أو العيب وبين نشاط كل من المهندس والمقاول فإذا انتفت هذه العلاقة فلا محل لمساءلة أى منهما .

وبالتالي فإن هذه المسئولية تندفع بإثبات أن التهدم أو العيب نشأ عن سبب أجنبى لايد لهمافيه ، كقوة قاهرة أو خطأ رب العمل أوخطأ شخص من الغير لا يسأل عنه المهندس ولا رب العمل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يكفى لقيام الخطأ فى المسئولية العقدية ،ثبوت عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته المترتبة على العقد ، ولا ترفع عنه المسئولية إلا إذا قام هو بإثبات أن عدم التنفيذ يرجع إلى قوة قاهرة أو بسبب أجنبى أو بخطأ المتعاقد الآخر " .

(طعن رقم ١٩٩ لسنة ٣٦ ق جلسة ق جلسة ١٩٧٠/١١/٢٤)

ولكن لا يكفى لنفى مسئولية المهندس أو المقاول ، أن يثبت أحدهما انتفاء الخطأ فى جانبه ، لاتخاذه مثلا كل الاحتياطات اللازمة لمنع حصول تهدم أو وجود عيب ، أو لبذله عناية الشخص المعتاد فى وضع التصميم

والإشـــراف على العمل أو فى القيام بعملية البناء ذاتهـــا ، لأن التزامهما ليس بوسيلة بل هو بتحقق نتيجة .

كذلك لا تنتفى مسئوليتهما إذا ظل سبب التهدم أو العيب مجهولا [١].

ونعـــرض فيمايـــلى لصور السبب الأجنبى الذى يدفع الضمان على المهندس المعمارى والمقاول .

١- القوة القاهرة :

يشـــترط فى القـــوة القاهرة طبقا للقواعد العامة ألا يكون من الممكن توقعهـــا أو دفعها ، وأن تكون قد جعلت تنفيذ الالتزام مستحيلا ، فلا يكفى أن تكون قد جعلته صعبا، ومن أمثلة القوة القاهرة ما يأتى :

١- أن يحصل خلل فى استقرار الأرض التى أقيم عليها البناء، إذا كان هذا الخلل قد نشأ ، لا عن موقع الأرض أو عن حركتها الذاتية ، بل عن أسباب خارجة لم يكن فى الإمكان توقعها وقت إقامة البناء [٢].

٢- إذا كـــان العيـــب الحـــادث فى غطاء الأسفلت ناجما عن هبوط الشارع بسبب خلل فى مجارى المياه الممتدة فى باطن الأرض [٣].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٣٥ .

(٢) المادة ٨٩٨ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ مارس ١٩٠١ .

وكانت المادة (٨٩٨) من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على أن :

" يسقط عن المهندس المعمارى والمقاول الضمان المقرر فى المادتين السابقتين ، إذا تبين من الظروف التى أدت إلى كشف عيوب البناء، أن هذه العيوب قد =

نشأت عن قوة قاهرة ، كما لو حصل خلل فى استقرار الأرض التى أقيم عليها البناء ، إذا كان الخلل قد نشأ ، لا عن موقع الأرض أو عن حركتها الذاتية، بل عن أسباب خارجة لم يكن فى الإمكان توقعها وقت إقامة البناء " .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن هذه المادة :

" يؤيد هذا النص ما جرى عليه قضاء المحاكم المصرية ، وعلى الأخص محكمة الاستئناف المختلطة . ويستند هذا القضاء على مبدأين أساسين :

(١) الخلل فى البناء إذا حصل فى خلال عشر سنوات لا يكفى وحده لتقرير مسئولية المقاول ، إذا كان من الثابت أن هذا الخلل لا يرجع لخطئه (استئناف مختلط ٢ يونية سنة ١٩٢١ ب ٣٣ ص ٣٧١) .

(٢) تهدم البناء الذى لم يثبت سببه بوجه قاطع يفترض أنه راجع لعيب فى الصنعة يسأل عنه المقاول (استئناف مختلط ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ ب ١٥ ص ٣٥٨) . وهكذا تكون المادة ٤٠٩/٥٠٠ من التقنين الحالى قد أقامت قرائن على افتراض الخطأ، من بينها واحدة ليس من السهل دفعها ، وهى قرينة افتراض خطأ أو إهمال فى جانب المقاول ، إذا كان الخلل راجعا إلى طبيعة الأرض . بل لا يجوز أن نسهل دفع هذه القرينة عن طريق الالتجاء لرأى الخبراء لأثبات أن المقاول لم يرتكب أى خطأ فنى فى كشف طبيعة الأرض وتعرف عيوبها . إذ يخشى أن يحابى الخبراء أبناء مهنتهم ، فتفوت بذلك الحماية التى قصدها المشروع ولذلك قيد المشروع من حالات قبول القوة القاهرة كسبب لسقوط المسئولية وجعلها قاصرة على الحالة التى يكون فيها ثبوتها قاطعا دون حاجة إلى لأهل الخبرة .

ويمتاز هذا النص أيضا بميزة التوفيق بين الحلول التى قررتها محكمة الاستئناف المختلطة فى بعض الحالات العملية . من ذلك استبعاد مسئولية المقاول المكلف بتغطية الطريق بالأسفلت إذا كان العيب الحادث فى غطاء الأسفلت ناجما عن هبوط الشارع بسبب خلل فى مجارى المياه الممتدة فى باطن الأرض (استئناف=

=مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٢٢١) وكذلك استبعاد مسئولية المقاول الذى استعمل مواد وأدوات انعقد الإجماع على جودتها ، إذا كان من الثابت أن الخلل الحادث بسببها راجع إلى الأحوال الجوية الخاصة بالقطر المصرى (استئناف مختلط يونية سنة ١٩٢١ ب ٣٣ ق ٣٧١ ، على أن هذا التطبيق محل للمناقشة)- وفى طائفة أخرى من الأحكام قررت المحكمة إلقاء مسئولية تهدم البناء تحت تأثير ضغط مياه الأمطار على عاتق المقاول حتى لو كانت هذه الأمطار وافرة لدرجة غير عادية ، خصوصا إذا كان البناء منخفضا بجوار الشارع (استئناف مختلط ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ ب ١٥ ص ٣٥٨- ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ ب ٢٦ ص ١٦٩) . كما أن المحكمة رفضت تمسك المقاول بالقوة القاهرة للتخلص من المسئولية بسبب هبوط أرصفة مقامة على جوانب النيل (البلتان جدول عشرى ٢ نمرة ٢٤٢٣) . وقد قصد المشروع بالذات هذه الطائفة الأخيرة من الأحكام ، فذكر فى النص ، إلى جانب موقع الأرض ، حركتها الذاتية .

وفى لجنة المراجعة تليت المادة واقتراح تعديلها بما يجعل عبء الإثبات على المهندس والمقاول بأن التهدم والعيب الذى ظهر يرجع إلى سبب أجنبى لا يد لهما فيه فوافقت اللجنة وأصبح نص المادة ما يأتى :

" يسقط الضمان عن المهندس المعمارى والمقاول إذا أثبتا أن تهدم البناء أو العيب الذى ظهر يرجع إلى سبب أجنبى لابد لهما فيه " . وأصبح رقمها النهائى ٦٨.

وفى مجلس النواب وافق المجلس على المادة دون تعديل تحت رقم ٦٨٠ وفى لجنة القانون المدنى فى مجلس الشيوخ تليت المادة ٦٨٠ فاعترض على حكمها سعادة الرئيس وأيده سعادة العشماوى باشا قائلا أنها ستكون سببا للتخلص من المسئولية واقترح حذفها . فقررت اللجنة حذف المادة اكتفاء بالقواعد العامة.=

إنما لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة ما يأتى :

١- وجود عيب فى الأرض أدى إلى التهدم أو إلى عيب فى البناء وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ - كما رأينا- صراحة على أن هذا العيب لا ينفى مسئولية المهندس والمقاول بنصها على أن :

" يضمن المهندس المعمارى والمقاول ... ولو كان التهدم ناشئا عن عيب فى الأرض ذاتها ... إلخ " .

لأن مجرد وجود العيب فى الأرض أمر متوقع ومن واجبات المهندس المعمارى أن يقوم بعمل الاختبارات اللازمة على الأرض التى سيبنى عليها، ليعرف طبيعتها ويكشف عيوبها ، كما أن هذه العيوب من الممكن تلافى

ووافق المجلس على حذف المادة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٢٥ هامش (١) وما بعدها) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نص المادتين ٢/١٤٧ ، ٤/٦٥٨ من القانون المدنى أنه إذا حدث بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة يترتب عليها ارتفاع أسعار المواد الأولية أو أجور العمال أو زيادة تكاليف العمل ، وكان ذلك بسبب حادث استثنائى غير متوقع عند التعاقد وترتب عليه أن أصبح تنفيذ العقد مرهقا ، فإنه يكون للقاضى وبصفة خاصة فى عقد المقاولة ، فسخ هذا العقد أو زيادة أجر المقاول المتفق عليه بما يؤدى إلى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول " .

(طعن رقم ١٩٩ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١١/٢٤)

نتائجها الضارة بتقوية الأساس ، فلا تتوافر فى عيوب التربة بصفة عامة، الشروط الواجب توافرها فيما يعتبر قوة قاهرة أو حادثا مفاجئا[١].

ولكـــن إذا كـــان عيب الأرض من العيوب غير المتوقعة ، وكان من المســتحيل عــلى المهندس المعمارى أن يكتشفه باتباع القواعدالفنية التى يتــبعها مهندس حريص فطن ، فإن هذا العيب يعتبر قوة قــاهرة وبالتالى ينفى المسئولية عن المهندس والمقاول . ومثال ذلك أن توجد أطلال مبانى أثرية تحت الأرض على عمق كبير، فى منطقة لم تكتشف بها آثار من قبل، و لم يقل أحد بوجود آثار بها [٢].

وقد جاء بتقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب ما يأتى :

" استفسرت اللجنة فى صدد المادة عن العيب الذى يوجد فى الأرض ذاتهـــا إذا كـــان هذا العيب من الخفاء بحيث يدق كشفه على المهندس الفطن أيكون المهندس مسئولا عنه ؟ فأجيبت بأن المهندس يكون مسئولا عـــن العيب الذى يمكن كشفه وفقا لقواعد الفن أما إذا استحال كشف العيـــب وفقـــا لهذه القواعد ، فإن ذلك يكون فى حكم القوة القاهرة ، ولايكون المهندس مسئـــولا عنه ، وقد ورد هذا الحكم فى المادة ٦٨١ (٦٨٠)[٣].

(١) محمد شكرى سرور ص ٣٢٢ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ١٣٦ وما بعدها .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٢٣ .

ـ- هـــبوط الأرض نتيجة للنشع الحادث من مياه الأمطار ولو كانت هـــذه الأمطـــار استثنائية ، وذلك إذا كان من الممكن تجنب هذا الهبوط باتخـــاذ إجراءات معينة وخاصة أن البناء أقيم على مستوى منخفض عن الطريق المجاور [1].

٢- خطأ رب العمل :

قد يحدث أن يتدخل رب العمل فى عملية البناء ، سواء من قبل البدء فى تنفـــيذ الأعمال ، أو فى خلال هذا التنفيذ. فإذا ما كان هذا التدخل خاطـــئا فإنه يمكن أن يؤثر على مسئولية المهندس أو المقاول عن العيوب التى تقع فى الأعمال بالتفصيل التالى .

فقد يوافق رب العمل على تصميم معيب للمبنى أو يفرض على المهندس أو المقاول مواصفات معيبة ، أو يقدم مواد غير صالحة للبناء . فإذا امتثل له المهندس المعمارى أو المقاول ، فإن ذلك لا يعفيهما من المسئولية ، بل كان يجب عليهما أن يمتنعا عن تنفيذ العمل المعيب إذا أصر عليه رب العمل بعـــد تنبيهه إلى ذلك . لأن المادة ٦٥١ مدنى تنص على مسئولية المهندس المعمارى والمقاول صراحة إذا كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ذلك أن الأصل فى المهندس المعمارى والمقاول أنهما خبيران فى فن البناء، بعكس رب العمل الذى يفترض فيه الجهل بهذا الفن .

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ يناير ١٩١٤ .

أمــا إذانبه المهندس المعمارى والمقاول رب العمل إلى العيوب سالفة الذكر، ولكنه أصرعلى المضى فى العمل طبقا للتصميم المعيب أو المواد المعيبة فأذعنا له ، فإنهما يظلان مسئولين بالضمان ولا يستغرق خطأ رب العمل خطأهما ، ولذلك توزع المسئولية عليهما .

وإذا اشــترط رب العمــل ألا يجــرى المقاول أى تعديل بغير موافقة المهــندس المقــام من قبله ، وأن لهذا المهندس حق رفض المواد المعيبة التى يقدمها المقاول ، فإن هذا كله لا يعتبر تدخلا من رب العمل يجعل الإدارة فى يده ويعفى المقاول من المسئولية بل هى احتياطيات اتخذها رب العمل للتثبت من تنفيذ شروط العقد .

غير أنه يستثنى مما تقدم حالة كون رب العمل من ذوى الخبرة فى فن البناء يفوق خبرة المهندس المعمارى والمقاول الذى تعاقد معهما، لأن إذعاء الأخــيران فى مثل هذه الحالة لتعليمات رب العمل لا يعتبر خطأ منهما، وبالــتالي فــإن الضــرر يعتبر راجعا إلى خطأ رب العمل وحده فترتفع مسئولية كل من المهندس والمقاول .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لــئن كان الأصل أن المقاول الذى يعمل بإشراف رب العمل الذى جعل نفسه مكان المهندس المعمارى لا يسأل عن تهدم البناء أو عن العــيوب التى يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته إذا كان ذلك ناشئا

عن الخطأ فى التصميم الذى وضعه رب العمل ، إلا أن المقاول يشترك فى المسئولية مع صاحب العمل إذا كان على علم بالخطأ فى التصميم وأقره أو كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لايخفىأمره على المقاول المجرب ".

(طعن رقم ١٢٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١/٢١)

٢- " المقـــاول الذى يعمل بإشراف رب العمل الذى وضع التصميم والـــذى جعـــل نفسه مكان المهندس المعمارى يشترك مع رب العمل فى المســـئولية عمـــا يحـــدث فى البناء من عيوب إذا كان قدعلم بالخطأ فى التصميم وأقره أو كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أمره على المقـــاول المجرب ، إلا أنه إذا كان المقاول قد نبه رب العمل إلى ما كشفه مـــن خطـــأ فى التصميم فأصر على تنفيذه وكان لرب العمل من الخبرة والتفوق فى البناء ما يفوق خبرة وفن المقاول فإن إذعان المقاول لتعليمات رب العمـــل فى هذه الحال لا يجعله مسئولا عما يحدث فى البناء من تهدم نتـــيجة الخطـــأ فى التصميم إذ الضرر يكون راجعا إلى خطأ رب العمل وحده فيتحمل المسئولية كاملة " .

(طعن رقم ٤٤٠ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٨)

٣- " المقاول الذى يعمل بإشراف رب العمل لا يسأل عن تهدم البناء أو عن العيوب التى يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته إذا كان ناشئا عـــن الخطأ فى التصميمالذى وضعه رب العمل . ما لم يكن المقاول على

علم بهذا الخطأ وأقره أو كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أمره على المقاول المجرب " .

(طعن رقم ٤٤٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٢/٦/١٩٨٩)

٣- خطأ الغير :

خطـــأ الغير يرفع مسئولية المهندس المعمارى والمقاول . ولكن يشترط لذلـــك أن تجـــتمع فى خطأ الغير شروط القوة القاهرة. فيجب أن يكون الخطـــأ غـــير قابل للتوقع ومستحيل الدفع ، فإذا لم يكن كذلك ، ظل المهـــندس والمقاول مسئولين عن كل الضمان نحو رب العمل، وكان لهما حق الرجوع على الغير المسئولين [1]. ومثل ذلك قيام هذا الغير بعمليات حفـــرعلى أعماق كبيرة بالقرب من أساسات المبنى ، أو استخدام آلات ضخمة تسبب ارتجاجات شديد فى الأرض على مقربة منه ، مما يؤدى إلى حدوث تصدع به ، فإذا لم يكن المشيد مقصرا أصلا لأنه أقام المبنى على أساســـات غير كافية مثلا ، فإن من شأن هذه الأعمال إعفاؤه كلية من المسئولية . أما إذا كان قد ارتكب خطأ فنيا فى عملية التشييد ، فإن هذه الأعمـــال قد تكون قد أسهمت فى إحداث الخلل بالمبنى أو فى تفاقم ما كان به أصلا من العيوب ، فإنه يكون للقاضى أن يخفض مقدار التعويض الواجـــب عـــلى المشـــيد لصاحب البناء بنسبة مساهمة هذه الأعمال فى

---

(١) الدناصورى والشواربى ص ١٣٦٧ .

إحداث الضرر أو فى تشديد آثاره . ويفترض ذلك – بطبيعة الحال- أن تتصف هذه الأعمال ذاتها بصفة الخطأ ، وهى مسألة تتوقف على ظروف كل حالة على حدة [١].

٩١- مسئولية المهندس المعمارى والمقاول قبل الغير :

الضمان المقرر فى المادة (٦٥١) مدنى لصالح رب العمل يقوم على أساس المسئولية العقدية ، إذ يربط رب العمل بالمهندس المعمارى والمقاول عقد المقاولة ، وليس هناك رابطة قانونية من هذا النوع بين الأخيرين والغير ، الذى تحدث له ثمة أضرار من البناء .

وعلى ذلك فإن الغير الذى تحدثله ثمة أضرار من البناء ، لا يستطيع مطالبة المهندس والمقاول بالتعويض استنادا إلى المادة (٦٥١) مدنى ، بل له الرجوع عليهما على أساس المسئولية التقصيرية المنصوص عليها بالمادة (١٦٣) مدنى ، وبالتالى يلتزم بإثبات خطأ تقصيرى من جانب أحدهما.

ومثل ذلك إهمال المقاول فى اتخاذ الاحتياطات الفنية الضرورية لحماية المبانى المجاورة ممايؤدى إلى تصدعها وانهيارها، وإصابة أو وفاة أحد الجيران أو المارة أو إتلاف أموال الغير . أو إذا أهمل المهندس المعمارى فى مراجعة تصميمات وضعها مهندس سابق قبل أن يوافق على تنفيذها، إذا كان من شأن هذا الإهمال أو ذاك أن خرج المبنى مشوبا بالعيب الذى أدى إلى

---

(١) محمد شكرى سرور ص ٣٥١ .

الإضــــرار بالغير (١). وهو إهمال يشكل أيضا إخلالا من جانبه بالتزاماته العقدية فى مواجهة رب العمل .

وتجــــدر الإشارة فى هذا الشأن الإشارة إلى ما تنص عليه المادة ٢٥/٤ مـــــن اللائحة التنفيذية للقانون للقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ فى شأن توجيه وتنظيم أعمال البناء على أنه : " يتعين على المرخص له قبل الشروع فى الأعمال القيام بالآتى : ٤- ..... أن يقوم قبل البدء فى تنفيذ الأعمال المـــرخص بهـــا باتخـــاذ إجراءات الأمن اللازمة لوقاية وسلامة الجيران وأملاكهـــم والمـــارة والشوارع وماقد يكون فى باطن الأرض من أجهزة ومنشـــآت المـــرافق العامة وغيرها ، ولا يجوز إجراء أى عمل من أعمال البناء ما بين غروب الشمس وشروقها إلا بموافقة الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم " .

كمـــا يجوز له الرجوع على رب العمل ، إذا أثبت حصول خطأ من جانبه أدى إلى حدوث الضرر .

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض إذ قضت بأن :

١-" لايجوز لصاحب بناء اعترى بناءه خلل بسبب تقصير المقاول فى أعمـــال البناء المجاور أن يوجه دعواه بالتعويض إلى مالك هذا البناء لمجرد كونـــه مالكا ، إذ مادام التقصير قد وقع من المقاول وحده فإن المسئولية عن ذلك لا تتعداه " .

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٨/١١/٣)

---

(٢) محمد شكرى سرور ص٣٨٧ وما بعدها .

٢- " إذا حملت المحكمة المقاول وحده ، دون الحكومة ، المسئولية عن الضرر الذى أحدثه بالمنازل المجاورة للمشروع الذى عهدت إليه الحكومة القيام به (حفر حفرة لوضع ماكينة المجارى الخاصة ببلدية الفيوم) ، وذلك بناءعلى أن الحكومة حين عهدت إليه بالعملية وهو مقاول فنى حملته مسئولية الأضـــرار التى قد تحصل عنها ، وأنه لم يثبت أنها هى قد وقع منها خطأ فى تصميم العملية الذى قدمته له وسار على أساسه، ولا أن المهندس الذى كلفــته الإشـــراف على العمل تدخل تدخلا فعليا فى الأعمال التى كان يجريها ، وأن وضع الحكومة مواصفات المقاولة ورسومها وعدم استطاعة المقاول الخروج عن حدود هذه المواصفات لم يمكن ليحول دون أن يتخذ هو من جانبه الاحتياطات التى كان يجب اتخاذها لمنع الضرر عن الغير عند تنفيذ المقاولة ، فإن هذا الحكم لا يكون فى قضائه بعدم مسئولية الحكومة قد شابه قصور فى إيراد الوقائع " .

(طعن رقم ١٣٠ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٦/١)

٣- " إنه بمقتضى الأحكام العامة المقررة فى المادتين ١٥١ و١٥٢ من القانون المدنى يجب لإلزام الحكومة بتعويض الضرر الناشئ عن فعل المقاول الذى اتفقت معه على القيام بعمل لها أن يثبت الحكم أن الخطأ الذى نجم عنه الضررقد وقع من موظفيها فى أعمال المقاولة ، أو من المقاول إن كان يعـــد فى مركز التابع لها . وإذن فإذا أسس الحكم مسئولية الحكومة على

مجــرد قوله إنها كانت تشرف على عمل المقاول دون أن يبين مدى هذا الإشـــراف حتى يعرف ما يكون قد وقع من موظفيها من خطأ فى عملية المقاولـــة ، وما أثر هذا الخطأ فى سير الأعمال ، وما علاقته بالضرر الذى وقـــع ، أو هل الإشراف قد تجاوز التنفيذ فى حد ذاته واحترام شروط المقاولـــة مما يؤخذ منه أن الحكومة تدخلت تدخلا فعليا فى تنفيذ عملية المقاولة بتسييرها المقاول كما شاءت ، فهذا الحكم يكون قاصرا عن إيراد البيانات الكافية لقيام المسئولية " .

(طعنان رقما ٧٦ لسنة ١٠ق ، ٥لسنة ١١ق جلسة ١٩٤١/٤/١٧)

٤- "إن مقتضى حكم المادة ١٧٤ من القانون المدنى أن علاقة التبعية تقوم على السلطة الفعليةالتى تثبت للمتبوع فى رقابة التابع وتوجيهه سواء عن طريق العلاقة العقدية أو غيرها ، وسواء استعمل المتبوع هذه السلطة أو لم يستعملها طالما أنه كان فى استطاعته استعمالها . لما كان ذلك وكان يبين من الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بمســئولية الطاعنة — الهيئة العامة للمجارى والصرف الصحى- عن خطأ المطعون عليه الثانى — مقاول الحفر على ما خلص إليه استنادا إلى شروط المقاولـــة وتقرير الخبير من أن عمل موظفى الطاعنة لم يقتصر على مجرد الإشـــراف الفنى ، بل تجاوزه إلى التدخل الإيجابى فى تنفيذ العملية وهوما تتوافر به سلطة التوجيه والرقابة فى جانب الطاعنة ويؤدى إلى مساءلتها عن

الفعـــل الخاطئ الذى وقع من المطعون عليه الثانى باعتباره تابعا لها ، ولا وجه للاحتجاج بأن الحكم لم يعمل شروط عقد المقاولة المبرم بين الطرفين فـيمانص عليه من أن المقاول هو وحده المسئول عن الأضرار التى تصيب الغـيرمـــن أخطائه وذلك إزاء ما حصله الحكم من ثبوت السلطة الفعلية للطاعنة على هذا المقاول فى تسيير العمل " .

(طعن رقم ٣٧٧ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١)

٥- (أ) - " علاقة التبعية لا تقوم وفقا لحكم المادة ١٧٤ من القانون المدنى إلا بتوافر الولاية فى الرقابة والتوجيه بأن يكون للمتبوع سلطة فعلية -طالت مدتها أو قصرت- فى إصدار الأوامر إلى التابع فى طريقة أداء عمله وفى الرقابة عليه فى تنفيذه هذه الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها، وأن المقاول - كأصل عام- يعمل مستقلا عن صاحب العمل ولايخضع لرقابته وتوجيهه وإشرافه فلا يكون هذا الأخير مسئولا عنه مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه " .

(ب)- " إذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه أيد الحكم الابتدائى لأســبابه وأورد بمدوناتـــه قوله " إن قضاء محكمة أول درجة قد أصاب صـــحيح الواقـــع والقانون فيتعين معه القضاء ... بتأييد الحكم المستأنف لأسبابه ولايقدح فى ذلك ما أثاره المستأنف الثانى فى الاستئناف الأصلى - الطاعن - بعدم مسئوليته قبل الشركة عما أصابها من أضرار بمقوله أن

المستـــأنف الأول- المطعون عليه الثانى-ليس تابعاله ، إذ أنه مالك قطعة الأرض المجـــاورة لمخزن الشركة وأن المستأنف الأول كان يعمل بتوجيهه وتحـــت إشرافه المباشر ومن ثم يكون تابعا له ويسأل عن أعماله باعتباره متبوع " وكان هذا الذى ساقه الحكم واتخذه عمادا لقيام مسئولية الطاعن بصفته متبوعا للمقاول الذى عهد إليه بعملية حفر الأساس بأرضه لايواجه دفـــاع الطاعن بانتفاء تبعية المقاول له ولايؤدى إلى النتيجة التى أقام عليها قضـــاءه إذ لا يبين منه مصدر هذا الإشراف ومداه وكيفية هذا التوجيه وصـــورته كمـــا لم يبين الحكم سبيله إلى هذا الذى خلص إليه والمصدر الـــذى استقاه منه حتى يعرف بوضوح أساس مسؤلية الطاعن وحقيقة ما وقع منه وما إذا كان قد تدخل فعليا فى تنفيذ العمل الذى ناط به المقاول المطعـــون عليه الثانى فإنه فضلا عن قصوره يكون معيبا بالخطأ فى القانون والفساد فى الاستدلال " .

(طعنان رقما ٢٩٨٠ ، ٣٠٥٧ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٣/١٢/٥)

وقـــد أفتـــت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فى فتواها رقم ٥٦٨ فى ١٩٩٧/٧/٢٩ جلسة ١٩٩٧/٧/٢٧ بأن :

" واستظهرت الجمعية مما تقدم أن المسئولية التقصيرية تقوم على أركان ثلاثة : الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ، وأن الخطأ لا يفترض وإنما

يجب على المضرور إثباته وبيان وجه الضرر الذى حاق به من جرائه، ومن ناحية أخرى فإنه مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غيرالمشروعة تتحقق متى صدرت هذه الأفعال عنه أثناء قيامه بأعمال وظيفته أو بسببها شريطة أن تتوافر بين التابع والمتبوع رابطة تبعية قوامها خضوع الأول لسلطة الثانى الذى يكون له حق رقابته وتوجيه فيما يقوم به لحسابه من عمل محدد، فتلك السلطة بشقيها هى التى تجعل المتبوع مسئولا عن خطأ تابعه ويستقيم بها سند الرجوع على المتبوع .

ولما كان الأصل فى عقد المقاولة- أن المقاول لا يخضع لإرادة رب العمل وإشرافه ولا يكون مسئولا عن المقاول المتبوع عن أعمال تابعه، ومن ثم فإن الهيئة القومية لسكك حديد مصر وقد ارتبطت مع شركة الفتح للمقاولات بعقد مقاولة تغدو غير مسئولة عما أحدثه عمال الشركة من تلفيات لمنشآت الهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية، وهو الأمر الذى تغدو معه المطالبة الماثلة على غير سند من القانون، ويتعين من ثم رفضها وللهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية وشأنها مع شركة الفتح للمقاولات على ما تأنسه حقا لها " .

ويكون المقاول مسئولا أيضا عن خطأ أتباعه مسئولية المتبوع عن التابع. ولكنه فى هذه المسئولية التقصيرية لا يكون مسئولا عن خطأ المقاول من الباطن لأنه لا يعتبر تابعا له [١].

---

(١) السنهورى ص ١٦٦ الهامش .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن المـــادة ٤١٣ من القانون المدنى ولو أنها تخول المقاول إعطاء المقاولة لآخر إذا لم يكن متفقا على خلاف ذلك إلا أنها تعده مسئولا عن عمل هذا الآخر . وبناء على ذلك فإن مجرد قيام مقاول من الباطن تحت إشراف الحكومة بالعمل الذى تعاقد عليه المقاول الذى اتفقت معه لايقطع مسئولية هذا المقاول، خصوصا إذاكان فى شروط التعاقدما يحمله مسئولية الأضرار الناجمة عن تنفيذ المقاولة " .

(طعنان رقما ٧٦ ، ١٠ق، ٥ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤١/٤/١٧)

٢- " إذا كان المدين مسئولا عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم فى تنفيذ التزامه العقدى، وكان الحكم المطعون فيه قدقرر أن المقاول الذى عهد إليه الطاعن – المالك – بتنفيذ عملية الترميم قد أخطأ فى عمله خطأ ترتـــب عليه هدم المبنى ، فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر الطاعن مسئولا أمام المطعون عليه – المستأجر- عن الخطأ الذى ارتكبه المقاول دون تعليق دعـــوى المطعـــون عليهعلى الفصل فى الدعوى التى رفعها الطاعن ضد المقاول . لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ١٩٧ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٢/١٦)

وقبل تسليم المقاول البناء إلى رب العمل ، فإن البناء يكون فى حراسة المهندس والمقاول. ويستطيع الغير الرجوع على المقاول والمهندس بالنسبة لمـــا يـــتم تسليمه إلى رب العمل من البناء . وتقوم دعواه على المسئولية التقصيرية المبنية على خطأ مفترض قابل لإثبات العكس (م١٧٧ مدنى)[1].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٤٨ – محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢١٣.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المسئولية المقررة بالمادة ١٧٨من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إنما تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشئ ، ومن ثم فإن هذه المسئولية لا تدرأ عن هذا الحارس بإثبات أنه لم يرتكب خطأ ما أو أنه قام بما ينبغى من العناية والحيطة حتى لا يقع الضرر من الشئ الذى فى حراسته، وإنما ترتفع هذه المسئولية فقط إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يدله فيه ، وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير " .

(طعن رقم ٥٣٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/١)

كما قضت بأن :

" نصت المادة ١٧٨ من القانون المدنى على أن " كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستهاعناية خاصة أوحراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرركان بسبب أجنبى لا يدله فيه "ومن ثم فإن الحراسة الموجبة للمسئولية على أساس الخطأ المفترض طبقا لهذا النص إنما تتحقق بسيطرة الشخص على الشئ سيطرة فعلية لحساب نفسه. ولما كان الثابت فى الدعوى أن الشركة الطاعنة عهدت إلى مقاول بسد فتحات فى أبواب بمبان مملوكة لها، وفى يوم الحادث كان مورث المطعون عليه الأول عن نفسه وبصفته وهو أحد العمال التابعين للمقاول يقوم بعمله وأثناء مروره صعقه سلك كهربائى مسند على حائط فى المبنى، فإن الحراسة على هذا السلك تكون وقت

الحادث معقودة للشركة باعتبارها صاحبة السيطرة الفعلية على البناء والسلك الكهربائى الموجود فيه ، ولم تنتقل هذه الحراسة إلى المقاول لأن عملية البناء التى أسندت إليه لا شأن لها بالأسلاك الكهربائية الموجودة فى المبنى أصلا ، وبالتالي تكون الشركة مسئولة عن الضرر الذى لحق بمورث المطعون عليه الأول مسئولية أساسها خطأ مفترض طبقا لنص المادة ١٧٨ سالفة الذكر، ولا تنتفى عنها هذه المسئولية إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد لها فيه " .

(طعن رقم ٥٣٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/١)

وتتقادم دعوى المسئولية التقصيرية المرفوعة من الغير ضد المهندس المعمارى والمقاول بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ، وتسقط فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع (م١٧٢/١) مدنى.

(موضوع رقم (٥)

(التزامات رب العمل)

٩٢ـ تعداد :

يقع على عاتق رب العمل تجاه المقاول ثلاثة التزامات هى :

١- القيام بما هو ضرورى لإنجاز العمل .

٢- تسلم العمل بعد إنجازه .

٣- دفع الأجر .

ونعرض لهذه الالتزامات الثلاثة بالترتيب على التوالى .

(الالتزام الأول)

(القيام بما هو ضرورى لإنجاز العمل)

٩٣ـ مضمون الالتزام :

يلـــتزم رب العمل بأن يبذل ما هو ضرورى لتمكين المقاول من البدء فى تنفيذ العمل المكلف به وإنجازه فإذا كان القيام بالعمل يتطلب ترخيصا من سلطة معينة ، كما لو كان المقاول فى حاجة إلى رخصة للبناء للبدء فى العمل، وجب على رب العمل أن يحصل على الرخصة فى الميعاد المناسب حتى لا يتأخر المقاول فى بدء تنفيذ العمل .

وكذلك الأمر فى كافة التراخيص الإدارية الأخرى التى يحتاجها العمل من بدايته إلى نهايته .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"تــأخير الطــاعن - رب العمل فى عقد المقاولة - فى الحصول على التراخيص اللازمة لبدء العمل والمضى فى تنفيذه حتى يتم إنجازه هو إخلال بالتزامه التعاقدى ، ومن ثم يعتبر فى ذاته خطأ موجبا للمسئولية لا يدرؤها عنه إلا إثبات قيام السبب الأجنبى الذى لا يد له فيه " .

(طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٦/١)

وإذا كان رب العمل قد تعهد بتقديم الأدوات والآلات ،والمواد اللازمة الــتى تســتخدم فى العمل ، كما لو كان عقد المقاولة هو تشييد مدينة سكنية وقد تعهد رب العمل بموجبه بتقديم المواد الأولية من أسمنت وزلط وأخشاب ومعدات رافعة وآلات للحفر ... إلخ ، وجب على رب العمل تقديمها فى الوقت المتفق عليه [١].

وإذا كان العمل يجب أن يتم وفقا لمواصفات أو رسومات أو بيانات يقدمهــا رب العمــل. وجب عليه تقديمها فى الوقت المتفق عليه أو فى الوقت المناسب لأنه لا يمكن تنفيذ العمل بدونها . بل إن رب العمل يلتزم بالذهــاب إلى مكان العمل بنفسه ، وإذا كان وجوده فيه أمرا لابد منه لإتمام العمل ، كما لو كان العمل هو رسم صورة ، إذ يلتزم رب العمل بالوقوف أمام الرسام المدة الكافية لإنجاز هذا الرسم ، أو كان العمل هو

---

(١) قدرى الشهاوى ص ١٨٤ .

حياكة ثوب، إذ يلتزم رب العمل أولا بتمكين الحائك من أخذ مقاساته ، ثم من تجربة الثوب عليه [١]. وكذا إذا كان القيام بالعمل يستلزم التدخل الشخصى لرب العمل — دون تواجده بمكان العمل — كأن يتولى المؤلف مراجعة تجارب مؤلفه المقدم للطبع ، إذا يجب عليه القيام بذلك فى الوقت المناسب وطبقا للعرف السارى .

ويلتزم رب العمل بترك المقاول يعمل فى هدوء ويسر ، فلا يقيم أمامه ثمة عقبات ، أو يسبب له المشكلات أو الصعوبات من أى نوع، والتى يكون من شأنها عدم تمكينه من المضى فى تنفيذ العمل .

كما يلتزم بألا يسحب من المقاول العمل فى أى وقت إلا لسبب مشروع ، وطبقا للحدود والشروط التى عينها القانون .

(أنظر بنود ١٦٧ وما بعده) .

٩٤- جزاء إخلال رب العمل بهذا الالتزام :

إذا لم يقم رب العمل بتنفيذ التزامه بالقيام بما هو ضرورى لإنجاز العمل. جاز للمقاول — طبقا للقواعد العامة — طلب التنفيذ العينى إذا كان ذلك ممكنا، بالترخيص له بشراء الأدوات والآلات والمواد اللازمة لتنفيذ العمل على نفقة رب العمل .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٤٩- محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٢٥ .

وإذا كان التنفيذ العينى غير ممكن إلا بتدخل رب العمل شخصيا، كما لو احتاج الأمر إلى وجوده بمكان العمل، جاز للمقاول أن يلجأ إلى طريقة التهديد المالى لإرغامه على تنفيذ التزامه وللمقاول فى كافة الأحوال طلب التعويض إذا كان عدم تنفيذ رب العمل لا لتزامه أو تأخره فى تنفيذه قد سبب له ضررا .

ويجــوز للمقاول أيضا طلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتض ، ويخضع القضاء بالفسخ لتقدير المحكمة طبقا للقواعد العامة والتى لها إمهال رب العمل حتى يقوم بالتنفيذ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تحصيل المعنى الذى قصده المتعاقدان مـــن عبارات العقد مستهدية بالظروف التى أحاطت بها. وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن نطاق البند التاسع من قائمة الشروط الملحقة بعقد المقاولة يقتصر على مواجهة حالة تغير الفئات والأثمان المتفق عليها ، ولا يتضمن شرطا بإعفاء رب العمل من التزاماته الناشئة عن العقد، ومنها الــتزامه بتمكين المقاول من إنجاز العمل ، وهو يفرض عليه الحصول على رخصة البناء للبدء فى العمل ، كما يفرض عليه الحصول على التراخيص اللازمــة للمضـــى فى تنفـــيذه ، وكان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بأنه وكل المقاول أو أنابه عنه فى استخراج الرخصة اللازمة لبناء

بـــاقى الأدوار ، فـــإن الحكم المطعون فيه إذ رتب مسئولية الطاعن عن توقـــف العمـــل نتيجة عدم استخراج هذه الرخصة لا يكون قد خالف القانون أو شابه خطأ فى الإسناد " .

(طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٦/١) [1]

---

(١) **وقد قضى ذات الحكم بأن :**

" متى كان الحكم قد انتهى إلى إخلال الطاعن - رب العمل فى عقد المقاولة - بالتزامه من جراء تأخره فى الحصول على رخصة البناء فى الوقت المناسب ، فإن إعـــذاره لا يكـــون واجبا على الدائن بعد فوات هذا الوقت ، إذ لا ضرورة للإعـــذار بنص المادة ٢٢٠ من القانون المدنى إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير مجد بفعل المدين .

وإذا كان الحكم قد قضى بالتعويض المستحق للمطعون عليه دون أن يرد على ما تمسك به الطاعن فى دفاعه من ضرورة إعذاره فى هذه الحالة ، فإن لا يكون مشوبا بالقصور " .

(طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٦/١)

(الالتزام الثانى)
(تسليم العمل بعد إنجازه وتقبله)

٩٥- النص القانونى :

المادة (٦٥٥) :

"متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه فى أقرب وقت ممكن بحسب الجارى فى المعاملات، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمى ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه " .

٩٦- المقصود بتسلم العمل وتقبله :

يعتبر المقاول موفيا بالتزامه بتسليم العمل الذى كلف بإنجازه، بوضعه تحت تصرف رب العمل بحيث يستطيع الانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ، مادام قد أعلمه بذلك . ويتم تسلم العمل بالاستيلاء عليه استيلاء فعليا ، أى بوضع رب العمل يده عليه [١].

ولكن يقتصر أثر التسلم على ذلك ، فهو لا يرفع مسئولية المقاول عن عيوب عمله، إلا إذا كان التسلم يفيد فى نفس الوقت معنى قبول العمل بدون تحفظ.

فلا يرفع مسئولية المقاول سوى تقبل العمل والموافقة عليه دون تحفظ بعد فحصه . ويبرر ذلك أن عقد المقاولة أبرم عن شئ لم يكن موجودا ،

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٥٠ .

فيجـــب أن يســـتوثق رب العمل بعد إنجاز الشئ ومعاينتهمن أنه موافق للشروط المتفق عليها أو لأصول الصنعة وفى هذا يختلف عقد المقاولة عن عقـــدى البـــيع والإيجار، فالعين المبيعة أو المؤجرة تكون غالبا عينا معينة بـــالذات ومعـــروفة للمشـــترى أو المستأجر، ولا يقتضى الأمر أكثر من تسلمها دون حاجة إلى القبول بالمعنى السابق .

ويحصـــل التســـلم والتقبل — عادة — فى وقت واحد، إذ يتسلم رب العمل الشئ المتفق عليه ويقوم بفحصه وتقبله فى ذات الوقت .

غـــير أن التقـــبل قد يسبق التسلم أو يليه، والصورة الأولى هى التى يفحـــص فيها رب العمل، العمل بعد إنجازه وهو لا يزال فى يد المقاول ويثق أنه استوفى الشروط المتفق عليها أو أصول الصنعة ولكنه لا يتسلمه، وفى الصورة الثانية هى تسلم رب العمل الشئ المعهود به إلى المقاول قبل إنجـــازه أو بعد إنجازه دون أن يفحصه أو يتقبله . والعبرة فيما يترتب من آثار بالتقبل دون التسلم .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) — " تسلم رب العمل الشئ المصنوع لا يرفع مسئولية الصانع فى عقـــد الاستصناع عما يظهر فى صناعته من عيب إلا إذا كان هذا التسلم يفيد معنى القبول بغير تحفظ .

(ب) — تسلم رب العمل الشئ المصنوع — أثوابا من الأقمشة — على دفعـــات متتالـــية تشمل كل دفعة منها أثوابا مغلفة دون فضها فى الحال

للـــتحقق من سلامتها . هذا التسلم يجب الرجوع فيه إلى العرف الجارى لتبين ما إذا كان يفيد معنى القبول الذى يرفع مسئولية الصانع أم لا .

(ج)- أحكام العيب الخفى التى نص عليها فى المواد ٣١٣-٣٢٤ من القانون المدنى- القديم - فى باب البيع لا تنطبق فى حالة عقد الاستصناع غـــير المخـــتلط بالبيع وهو العقد الذى يقوم فيه رب العمل بتقديم جميع الأدوات اللازمة .

وإذن فمـــتى كان الحكم إذ قضى برفض دعوى التعويض التى رفعتها الطاعنة على المطعون عليها بسبب تلف أقمشتها عند تبييضها فى مصبغتها، قـــد أقام قضاءه على أن العقد المبرم فيما بينها وبين المطعون عليهما هو عقد استصناع وأن مسئولية هذين الأخيرين عن تبييض أقمشة الطاعنة قد انتفت بتسلمها هذه الأقمشة بغير قيد أو شرط وأنه حتى لو كان قد ظهر فيها تلف نتيجة الصباغة فهو عيب خفى كان يجب أن ترفع عنه الطاعنة دعوى الضمان فى خلال ثمانية أيام من وقت تحققها منه وذلك سواء أكان عقـــد الاستصـــناع مختلطا أم ليس مختلطا ببيع، وكان الحكم قد خلا من بحث ما تمسكت به الطاعنة من أن تسلمها الأقمشة لا يفيد القبول الذى يرفع مسئولية المطعون عليها لأنها تسلمتها على دفعات متتالية تشمل كل دفعة منها أثوابا مغلفة دون فضها فى الحال للتحقق من سلامتها كما جرى بذلك العرف التجارى وأنها بادرت بإخبار المطعون عليها بظهور العيب بها بمجرد ردها من عملائها لوجود احتراق فيها . كذلك لم يبين الحكم مـــا إذا كـــان تسلم الطاعنة الأقمشة فى الظروف سالفة الذكر فيه معنى

الأول الذى يرفع مسئولية المطعون عليها عما يكون قد ظهر فيها من عيب أم غير ذلك . فضلا عن أنه أجرى على الدعوى حكم المادة ٣٢٤ من القانون المدنى - القديم- دون أن يقرر تقريرا مدعما بالأسباب المبررة أن العقد يتضمن البيع علاوة على أنه عقد استصناع اعتمادا على ما ذهب إليه خطأ من أن حكم المادة المذكورة ينطبق على عقد الاستصناع سواء أكان مختلطا أم غير مختلط بالبيع- فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون كما شابه القصور " .

(طعن رقم ١٨٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١٢/١٤)

ولما كان المألوف عادة - كما ذكرنا سلفا- أن يتم التقبل مع التسلم، فنتناول التسلم باعتباره متضمنا للقبول .

٩٧- شروط التسلم :

ذكرنا آنفا أن التقبل يكون معاصرا للتسلم فى العادة ، فيكون التسلم متضمنا التقبل . ويجب لتحقق التقبل أن يكون العمل محل التسلم مطابقا للشروط المتفق عليها بالعقد بين رب العمل والمقاول، فإذا لم تكن ثمة شروط متفقا عليها ، فيجب أن يكون العمل مستوفيا ما تقضى به أصول الصنعة لنوع العمل محل المقاولة .

وإذا وقع خلاف بين الطرفين حول ما إذا كان العمل موافقا أو غير موافق بالمعنى المتقدم ، جاز لأيهما أن يطلب ندب خبير فنى مختص على نفقته لمعاينة العمل وتقديم تقرير بما ينتهى إليه فى هذا الصدد .

وإذا رفع الأمر إلى القضاء كان للمحكمة ندب خبير آخر، أو تقضى فى الدعــوى طــبقا لمــا تستخلصه من ظروف الدعوى وماقدم فيها من مستندات .

غــير أن المخالفة المانعة من تسلم العمل محل المقاولة، يجب أن تكون جسيمة إلى حد كبير بحيث تحول دون التسلم وتتضمن إجحافا برب العمل إذا تســلمه إذ يكون العمل فى هذه الصورة غير صالح للغرض المقصود، كما يبين من شروط التعاقد وأصول الصنعة وغير ذلك من الظروف .

وينبنى على ذلك أنه إذا كانت المخالفة لم تبلغ هذا الحد من الجسامة، كان رب العمل ملزما بتسلم العمل .

ويكون له أحد أمرين : إما المطالبة بتخفيض الأجرة بما يتناسب وقدر المخالفة . وإما المطالبة بتعويض عن الضرر الذى لحق به من جراء المخالفة.

وفى جمــيع الأحــوال ، إذا كان العمل يمكن إصلاحه جاز للمقاول إصــلاحه فى مدة مناسبة . فتبرأ ذمته من العيوب الظاهرة ، ولكن لا تبرأ من العيوب الخفية التى تظهر بعد ذلك .

كما يجوز لرب العمل إلزام المقاول بإصلاح العمل ، إذا كان الإصلاح لا يتكلف نفقات باهظة [1].

---

(١) الســنهورى ص ١٨٩ وما بعدها – قدرى الشهاوى ص ١٨٩ وما بعدها – محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٢٨ وما بعدها .

وكانـــت المادة (٨٧٢) من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المقابلة للمادة (٦٥٥) من القانون تنص علي أن :

"١- متى أتم المقاول العمل، ووضعه تحت تصرف رب العمل، وجب عـلى هذا أن يبادر إلى معاينته فى أقرب وقت مستطاع تبعا للمألوف فى الـتعامل، وأن يتسلمه فى مدة وجيزة إذا اقتضى الأمر ذلك ، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن المعاينة رغم دعوته إليها اعتبر أنه قد تسلم العمل.

٢- على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خـالف مـا ورد فى العقد من شروط، أو ما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل .

٣- ويجـوز لكـل من المتعاقدين أن يطلب ندب خبراء على نفقته لفحص الشئ،على أن يدون الخبراء محضرا بأعمالهم"، إلا أن المادة عدلت فى لجنة المراجعة ولجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على النحو الراهن . وحذفـت الفقرتان الثانية والثالثة اكتفاء بالأحكام العامة . وبالتالى يمكن الأخذ بأحكامهاتين الفقرتين لاتفاقهمامع القواعد العامة[1].

٩٨- كيفية التسلم:

التسلم قد يكون صريحا أو ضمنيا .

وجرت العادة خاصة فى مقاولات البناء على تحرير محضر بالتسلم يقر فيه رب العمل بأنه قد عاين العمل وأنه وجده مطابقا لما هو متفق عليه،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٣٣ وما بعدها

أو لما جرى عليه عرف الصنعة ، وقد تكون له بعض الملاحظات أو التحفظات فيذكرها بالمحضر . والقبول فى هذه الحالة يكون صريحا .

ويوقع على المحضر -عادة- مع رب العمل كل من المقاول والمهندس. والتوقيع على هذا المحضر لا يعنى أن هذه العملية تعتبر اتفاقا منفصلا عن عقد المقاولة الأصلى . وبالذات فإن توقيع المهندس لا يجعل منه طرفا بالمعنى الدقيق فى هذه العملية ، وإنما هو دليل على وفائه بالتزامه بمعاونة رب العمل وإبداء الرأى إليه فى هذا الخصوص بحسبانه مستشاراله اللهم إلا إذا كان يتصرف بصفته وكيلا عن رب العمل، حين يكون هذا الأخير قد أنابه عنه صراحة فى عملية التسلم، وعندئذ فإنه سوف يلزمه بتوقيعه [١].

والتسلم الضمنى ،هو الذى يستخلص ضمنا من بعض الوقائع مادامت تكشف بوضوح عن نية رب العمل فى تقبل العمل. ومثل ذلك استعمال الشئ المصنوع مدة طويلة ، أو تأجيره للغير ، أو إدماجه فى شئ آخر ، أو دفع الأجر المستحق للمقاول بعد معاينة العمل دون إبداء أى تحفظ .

ومن صور التسلم الضمنى أنه إذا كان العمل فى حيازة رب العمل منذ البداية ، كما إذا قام سباك بإصلاح مواسير المياه وهى فى مكانها دون أن

---

(١) محمد شكرى سرور ص ١٥٠.

تنتقل من حيازة رب العمل ، فالتسلم يكون بانتفاع رب العمل بالمواسير بعد تصليحها ، فإن هذا يفيد ضمنا أنه تقبلها .

٩٩ـ التسلم الكلى والتسلم الجزئى :

التسليم قد يكون كليا إذا انصب على كل العمل، بعد تمام إنجازه، ويتم هذا التسلم بصفة خاصة ، إذا كان العمل كلا متكاملا ، لا يقبل التجزئة ، حيث لا سبيل أمام رب العمل إلا أن ينتنظر تمام إنجازه كاملا حتى يتسنىله تسلمه ، وهنا يكون التسلم واحدا بتاريخ واحد ومحضر تسليم وتسلم واحد .

وكذلك إذا كان قد نص فى العقد على وجوب أن يتم التسلم مرة واحدة ، ولو كانت الأعمال تقبل التجزئة أو الانقسام بطبيعتها فلا يتم التسلم إذن إلا إذا أنجزت كل الأعمال محل المقاولة ، حتى وإن أنجزت بعض الأعمال الفرعية منها . وعلى ذلك لا يلتزم رب العمل بدفع باقى مبلغ المقاولة ، بناء على طلب أحد المقاولين الذى أنجز بعض الأعمال، مما يعتبر جزءا مستقلا من المقاولة (١).

وقد يكون التسلم جزئيا ، ويتصور ذلك إذا كان العمل قابلا للتجزئة إلى مجموعة من المراحل أو الهياكل بحيث يمكن تسلمه مرحلة تلو أخرى أو هيكلا بعد آخر حسب مايتم إنجازه منه أولا بأول حسب طلب صاحب المصلحة فى ذلك ، كمالو كان العمل يتكونمن مرحلة وضع الأساسات،

---

(١) عبد الرازق حسين يس ص ٢٤٥ .

وتقوم به شركة متخصصة فى دق الأساسات الخرسانية، ثم مرحلة الهياكل الخرسانية وتختص به شركة غير السابقة .

وكذلك لو انصبت المقاولة ، على مجموعة من الأبنية أو مجموعة من الأعمال المختلفة المستقلة بعضها عن بعض ، بحيث يمكن تجزئة تسلمها، بحسب ما تم إنجازه منها ، شريطة أن ينتفى المانع القانونى أو الاتفاقى عن تجزئة التسلم [١].

أو كان ثمن العمل محددا بسعر الوحدة ،كأن يتعهد المقاول بصنع عدد معين من نوع الشئ فإن التسلم يجوز أن يكون مجزءا بالنسبة للطرفين. فيطلب المقاولة المعاينة والتقبل ودفع الأجر عقب إنجاز كل جزء فإذا تم التسلم كان للمقاول أن يستوفى من الأجر بقدر ما أنجز من العمل[٢] .

ومثل ذلك أيضا أن يتعهد نجار بصنع عشرة أبواب، بسعر محدد لكل باب، أو بصنع منضدة ومجموعة كراسى للمنضدة سعر ولكل كرسى سعر، فإنه يجوز أن يكون التسلم مجزءا، ويقوم رب العمل بتسلم كل باب أو كل كرسى على حدة أو تسلم المنضدة على حدة والكراسى جميعا على حدة .

---

(١) عبد الرازق حسين يس ص ٢٤٦ .

(٢) محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٣٠.

وتجـــرى المعاينة عند التسلم ، ويكون للنجار تقاضى أجرا لما سلمه، ويعتبر دفع هذا الأجر قبولا لمحل المقاولة المسلم إلى رب العمل. وهذا ما لم يكن قد تم دفعه تحت الحساب ، كما يحدث فى المقاولات الكبرى .

١٠٠ـ التسلم المؤقت والتسلم النهائى :

أشـــار القانون إلى تسلم الأعمال فى صدد عقد المقاولة بوجه عام ، بحســـبانه عملـــية واحدة. ومع ذلك فقد درجت العادة — فى خصوص مقاولات المبانى- أن تتضمن الصفقة المبرمة بين المقاول ورب العمل شرطا بموجـــبه يتم التسلم على مرحلتين ،يكون فى أولاهما تسلما مؤقتا، يستمر لمدة سنة ، يعلن بعدها التسلم النهائى .

ويمكـــن تعريف التسلم المؤقت بأنه إفصاح رب العمل عن إرادته فى تقبل العمل، بصفة مؤقتة حتى يتم رفع كل أسباب التحفظات التى يضمنها رب العمل محضر التسليم والتسلم. وذلك بإصلاح كل العيوب وإكمال النقائص وإزالة كل الشوائب التى أدت إلى تقرير هذه التحفظات . وذلك فى المـــدة الـــتى يتفق عليها — هى فى العادة سنة — أو المدة المعقولة طبقا للعـــرف الجارى فى المهنة، وهذا التسلم لا يبرئ ذمة المقاول من التزاماته التعاقدية- طبقا للقواعد العامة — قبل رب العمل .

أمـــا التسلم النهائى فهو إقرار رب العمل بتسلم العمل وتقبله بصفة نهائية بعد انقضاء المدة المتفق عليها والانتهاء من الإصلاحات التى اقتضتها التحفظات التى قررها رب العمل فى محضر التسليم والتسلم المؤقت بتنفيذها التنفيذ المرضى ، سواء كانت المدة قد انتهت أم لا [1].

---

(١) عبد الرازق حسين يس ص ٢٤٠ — محمد شكرى سرور ص ١٥٨ وما بعدها.

وهنا يبرز فرضان :

الأول :

أن تكون الإصلاحات محل التحفظات قد تمت قبل انتهاء المدة أو مع انتهائها . وهنا تبرأ ذمة المقاول تجاه رب العمل من كل العيوب الظاهرة أثـــناء عملية التسلم ، ولكنها لا تبرأ من العيوب الخفية التى قد تظهر بعد انتهاء هذه المدة .

الثانى :

أن تكون المدة قد انتهت دون أن تتم الإصلاحات،فإن التسلم النهائى لا يكون قد تم . ويبقى مكان العمل مفتوحا قانونا ، حتى يتم الإصلاح المطلوب بمعرفة المقاول نفسه ، بعد الاتفاق على إطالة المدة بين الأطراف، أو على نفقته وتحت مسئوليته بمعرفة مقاول آخر [(١)].

١٠١- زمان التسلم :

إذا كان هناك ميعاد متفق عليه للتسلم ،فإن التسلم يتم فى هذا الميعاد. فإذا لم يتفق على ميعاد للتسلم فقد أوجبت المادة (٦٥٥) مدنى على رب العمـــل " أن يـــبادر إلى تسلمه فى أقرب وقت ممكن بحسب الجارى فى المعاملات " .

وقـــد قصد النص بالتسلم قبول العمل أى إقراره، لا مجرد وضع اليد عليه ، ويؤيد ذلك الرجوع إلى أصل المادة ٦٥٥ فى المشروع التمهيدى- وكان رقمها ٨٧٢- إذ كانت المادة الأخيرة توجب على رب العمل أن

---

(١) عبد الرازق حسين يس ص ٢٤١وما بعدها .

يبادر إلى معاينة العمل والمعاينة لازمة حتى يصدر قبول رب العمل صحيحا.

ولا شك أن ما قضت به المادة ٦٥٥ مدنى هو ما يوجبه مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود [١].

١٠٢ـ مكان التسلم :

يكون التسلم فى مكان التسليم . وقد عرضنا تفصيلا لمكان التسليم فى بند (٥٣) فنحيل إليه فى ذلك .

١٠٣ ـ النتائج التى تترتب علي التسلم والقبول :

من أهم النتائج التى تترتب على التسلم ما يأتى :

١- انتقال ملكية الشئ المصنوع — محل عقد المقاولة- إذا كان المقاول هو الذى ورد المادة التى استخدمها فى العمل - إلى رب العمل من وقت التقبل .

٢- التزام رب العمل بدفع الأجرعند تقبل العمل المعهودبه إلى المقاول، إلا إذا قضى الاتفاق والعرف بغير ذلك (مادة ٦٥٦ مدنى) .

٣- عدم ضمان المقاول للعيوب الظاهرة التى كان فى إمكان رب العمل اكتشافها بالفحص العادى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - " تسلم رب العمل البناء تسلما نهائيا غير مقيد بتحفظ ما من شأنه أن يغطى ما بالمبنى منعيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسلم

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٥٣ .

أو معـــروفة لرب العمل ، أما ما عدا ذلك من العيوب مما كان خفيا لم يستطع صاحب البناء كشفه عند تسلمهفإن التسليم لا يغطيه ولا يسقط ضمان المقاول والمهندس عنه . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن العيـــب الموجب لضمان المقاول ناشئ عن خطئه فى إرساء الأساسات على أرض طفيلية غير صالحة للتأسيس عليها وعدم النزول بهذه الأساسات إلى الطبقة الصلبة الصالحة لذلك وأن التسليم لا ينفى ضمان المقاول لهذا العيب فإنه لا يكون قد خالف القانون لأن هذا العيب يعتبر من غير شك من العيوب الخفية التى لا يغطيها التسليم " .

(طعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/١٠)

(ب)- " إقرار رب العمل فى عقد الصلح بتسلمه البناء ومقبولا بحالته الظاهـــرة التى هو عليها ليس من شأنه إعفاء المهندس والمقاول من ضمان العـــيوب التى كانت خفية وقت التسليم و لم يكن يعلمها رب العمل لأن التسليم ولو كان نهائيا لا يغطى إلا العيوب الظاهرة أو الملزمة لرب العمل وقت التسليم " .

(طعن رقم ٣٤٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٤/١٣)

٤- انتقال تبعة هلاك العقار بسبب أجنبى من المقاول إلى رب العمل باعتباره مالكا للعقار ، والقاعدة أن الشئ يهلك على مالكه .

٥- انتقال الحراسة على البناء إلى رب العمل ، فيكون الأخير مسئولا عن كل ما يحدثه هذا البناء من ضرر للغير طبقا للمادة ١٧٧ مدنى .

١٠٤ـ جزاء الإخلال بالالتزام بالتسلم :

تنص المادة (٦٥٥) مدنى فى عجزها على أنه : " متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ... ، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمى، اعتبر أن العمل قد سلم إليه ". فإذا أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل، ولكنه امتنع عن تسلمه وتقبله إما صراحة وإما بتراخيه فى تسلمه ، وذلك بدون سبب مشروع ، كان على المقاول إنذار رب العمل بتسلم العمل بموجب إنذار رسمى أى إنذار على يد محضر [1]، فإذا لم يقم بتسلمه اعتبر أن العمل قد سلم إليه ، أى أن العمل يكون قد سلم إليه حكما .

ويترتب على هذا التسلم الحكمى كافة الآثار التى تترتب على التسلم الفعلى والتى ذكرنا أهمها فيما سلف .

ويضاف إلى ماتقدم ، أنه يجوز للمقاول طبقا للقواعد العامة أن يسلك إجراءات العرض الحقيقى المنصوص عليها فى المواد (٣٣٤-٣٣٧) مدنى.

وتنص المادة ٣٣٤ على أن :

" إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عرضا صحيحا، أو رفض القيام بالأعمال التى لايتم الوفاء بدونها، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء، اعتبر أنه قد تم إعذاره من الوقت الذى يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمى " .

---

(١) وقد أضيفت عبارة " بإنذار رسمى " إلى المادة فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٣٤ وما بعدها) .

وتنص المادة ٣٣٥ على أن :

" إذا تم إعذار الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشئ أو تلفه ، ووقف سريان الفوائـــد ، وأصبح للمدين الحق فى إيداع الشئ على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر " .

وتنص المادة ٣٣٦ على أنه :

" إذا كان محل الوفاء شيئا معينا بالذات ، وكان الواجب أن يسلم فى المكان الذى يوجد فيه، جاز للمدين بعد أن ينذر الدائن بتسلمه أن يحصل عـــلى ترخـــيص من القضاء فى إيداعه فإذا كان هذا الشئ عقارا أو شيئا معدا للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة" .

وتنص المادة ٣٣٧ على أن :

"١- يجـــوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيع بالمزاد العلنى الأشياء الـــتى يســـرع إليها التلف ، أو التى تكلف نفقات باهظة فى إيداعها أو حراستها ، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة .

٢- فإذا كان الشئ له سعر معروف فى الأسواق ، أو كان التعامل فيه مـــتداولا فى البورصـــات فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع بممارسة بالسعر بالمعروف " .

وللمقاول بعد بيع الشئ، أن يستوفى أجره من الثمن وكذا التعويضات المستحقة له ، ويودع الباقى خزانة المحكمة .

ويجوز للمقاول أن يطلب – بعد إعذار رب العمل- فسخ العقد حتى يـــتحلل من واجب التسليم ، ويتحقق ذلك إذا كان للمقاول مصلحة فى

الفسخ، كما لو رأى المقاول مثلا أن فى إمكانه بيع الشئ محل المقاولة لغير رب العمل بثمن أكبر فيربح من وراء هذه الصفقة .

وللقاضى تقدير طلب الفسخ على النحو الذى أوضحناه سلفا [١].

---

(١) السنهورى ص ١٩٤ وما بعدها – محمد عبد الرحيم عنبر ص٢٣١ ومابعدها.

(الالتزام الثالث)

(الالتزام بدفع أجر المقاول)

١٠٥ـ خطة البحث :

تناولنا الأجرفيما سلف باعتباره ركنا فى عقد المقاولة (راجع بنود ٢١ وما بعده) ، ونتناول الأجر هنا بوصفه التزاما واقعا على رب العمل .

١٠٦ـ تعيين مقدار الأجر عند عدم الاتفاق عليه :

تـــنص المادة ٦٥٩ مدنى على أنه : " إذا لم يحدد الأجر سلفا وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول " .

وقـــد رأينا سلفا أن وجود الأجر وإن كان ضروريا فى عقد المقاولة ، إلا أنه ليس من الضرورى تعيين مقداره .

فقد تكفلت المادة ٦٥٩ ببيان كيفية تحديد الأجر فى حالة عدم الاتفاق عليه صراحة أو ضمنا .

فقد نصت المادة علىعنصرين يقوم عليهما تحديد الأجر .

العنصر الأول :

قيمة العمل الذى قام به المقاول .

وهذا العنصر يفرض على القاضى أن يراعى فى تقدير الأجر ما يأتى :

١- طبيعة العمل وما إذا كان معقدا صعبا فى تنفيذه يحتاج إلى مهارة فنـــية كـــبيرة أم بسيطا سهلا ، والأخطار والمسئوليات التى يتعرض لها المقاول فى القيام به .

٢- كمية العمل ، وعلى ذلك فالمقاول الذى يقوم بتشييد بناء ، يستحق أجرا عن هذا العمل ، كما يستحق أجرا آخر عن التصميم إذا كان هو الذى وضعه .

٣- الوقت الذى استغرقه العمل .

٤- مكان العمل ومدى قربه أو بعده عن العمران أو المواصلات .

٥- مؤهلات المقاول وكفايته الفنية وسمعته .

٦- عرف المهنة الجارى، إذ قد يتكفل عرفة المهنة بتحديد أجر المقاول. فالحائك أجره متعارف عليه فى السوق تبعا لسمعته ومهارته، والحلاق والكواء والنجار .. إلخ . وأجر الطبيب يتحدد تبعا لعرف مهنة الطب، ويسترشد فى ذلك بسمعة الطبيب ومهارته الفنية وطبيعة العلاج أو العملية الجراحية وثروة المريض [١].

العنصر الثانى :

نفقات المقاول :

ويقصد بها النفقات التى تكبدها المقاول فى سبيل إنجاز العمل المتفق عليه ، فتشمل أثمان المواد التى استخدمها المقاول فى العمل، وأجور العمال الذين استعان بهم فى العمل ، وكافة مصاريف الانتقال وغيرها .

---

(١) السنهورى ص ٢٠٠ وما بعدها .

١٠٧- توابع أجر المقاول:

يلتزم رب العمل فضلا عن دفع الأجر إلى المقاول، بوفاء ما يلحق به، وذلك سواء تم تحديد الأجر باتفاق المتعاقدين أو بحكم القاضى .

ومما يلحق بالأجر نفقات الوفاء بالأجر ، كأن يكون مشترطا الوفاء بالأجر عن طريق حوالة بريدية أو بواسطة تحويله إلى مصرف فيلتزم رب العمل بمصروفات الحوالة أو التحويل على البنك .

ويلحق بالأجر مصاريف فحص الحساب بين المقاول ورب العمل .

أما فوائد الأجر فيسرى فى شأنها حكم القواعد العامة ، ولاتسرى إلا من يوم المطالبة القضائية بها (م٢٢٦) مدنى .

وقد أسلفنا أنه إذا كان المقاول هو الذى قدم المادة التى استخدمت فى عقد المقاولة، وكان لهذه المادة قيمة محسوسة ، فإن أحكام المقاولة تسرى على العمل، بينما تسرى أحكام البيع على المادة . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ مدنى — الواردة فى البيع _ على أن :

" لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشترى أو إذا سلم الشئ المبيع وكان الشئ قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره " . فيكون للمقاول الحق فى تقاضى فوائد عن الجزء من الأجر المقابل للمادة التى وردها من وقت إعذار رب العمل بدفع الأجر المستحق وفوائده ، ولا ضرورة للمطالبة القضائية، أو من وقت تسليم المادة المصنوعة إلى رب العمل [1].

---

(١) السنهورى ص ٢٠٢ .

١٠٨ـ الأصل عدم جواز تعديل الأجر المتفق عليه :

إذا تم الاتفاق بين المتعاقدين على تحديد الأجر عند إبرام عقد المقاولة، أو اتفقا على الأسس التى تسمح بتحديده فى المستقبل ، وتحدد الأجر فعلا وفقـا لهـذه الأسـس . فالأصل أنه لايجوز تعديل هذا الأجر بالزيادة أو بالإنقـاص إلا باتفاق الطرفين ، إذ تقضى القواعد العامة المنصوص عليها بالمادة ١٤٧/١ مدنى بأن " العقد شريعة المتعاقدين،فلايجوز نقضه ولاتعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو الأسباب التى يقررها القانون" . والقانون لا يجيز زيادة الأجر أو نقصه فى المقاولة لمجرد أنه غير متناسب مع العمل الذى تم.

ولايجوز تطبيق المادة ٧٠٩/٢ مدنى التى تنص على أن " فإذا اتفق على أجـر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضى، إلا إذا دفع طوعا بعـد تنفيذ الوكالة " ، لأن هذا الحكم خاص بأجر الوكيل ، وقد جاء استثناء من القواعد العامة ، فلا يجوز القياس عليه .

غير أنه إذا كان العقد مزيجا من الوكالة والمقاولة ، فإنه يجوز للقاضى تعديل الأجر فى الجزء المتعلق بالوكالة ، إذا كان يمكن تعيين هذا الجزء من الأجـر ، فإذا لم يمكن ذلك تكون العبرة بالعنصر الغالب فى العقد ، فإذا كان العنصر الغالب هو الوكالة ، فإنه يسرى عليها تعديل الأجر .

غير أنه استثناء من القاعدة السابقة يجوز تعديل الأجر المتفق عليه بين المقـاول ورب العمل بالزيادة أو الإنقاص دون حاجة إلى اتفاق الطرفين فى الحالات التى سنذكرها فيما يلى .

الحالات التى يجوز فيها تعديل الأجر المتفق عليه بين المقاول ورب العمل

الحالة الأولى :

حالة الاتفاق على أجر بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة :

١٠٩- النص القانونى :

المادة (٦٥٧) :

" ١- إذا أبرم عقد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة وتبين فى أثناء العمل أن من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة ، وجب على المقاول أن يخطر فى الحال رب العمل بذلك مبينا مقدار ما يتوقعه من زيادة فى الثمن ، فإن لم يفعل سقط حقه فى استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات .

٢- فإذا كانت المجاوزة التى يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء ، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال ، مقدرة وفقا لشروط العقد ، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل " .

١١٠- شروط هذه الحالة :

يبين من المادة سالفة الذكر أنه يشترط لتوافر هذه الحالة ثلاثة شروط هى :

الشرط الأول :

أن يكون الأجر فى المقاولة متفقا عليه بموجب مقايسة على أساس الوحدة :

فإذا لم يكن هناك أجر متفق عليه أصلا، أو كان هناك أجر متفق عليه ولكنه إجمالى على أساس تصميم معين ، فإن حكم النص لاينطبق . ذلك

أن الأجـــر إذا كان إجماليا على أساس تصميم معين ، فإنه لايجوز إنقاصه أو زيادته إلا فى ظروف خاصة وبشروط معينة كما سنرى .

الشرط الثانى :

أن يتـبين أثـنـاء العمل ضرورة مجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة لسبب كان خفيا أثناء العقد :

يشترط أن يتبين المقاول أثناء تنفيذ العمل المعهود به إليه أن من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة ، لسبب كـــان خفيا عليه وقت العقد . والمقصود بمجاوزة المقايسة المقدرة ، هو مجاوزة كميات الأعمال المقدرة فى المقايسة لا مجاوزة أسعارها، ذلك أن المجـــاوزة فى الأســـعار لا يعتد بها. ومما يؤكد ذلك أن المادة (٨٧٨) من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى- المقابلة للمادة (٦٥٧) كانت تنص فى صـــدرها عـــلى أن : " إذا أبرم العقد على أساس مقايسة بسعر الوحدة وتبين فى أثناء العمل أنه من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصـــروفات المقدرة فى المقايسة مجاوزة محسوسة وجب على المقاول أن يخطـــر فى الحـــال.... إلخ " إلا أن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب عدلت النص بجعله : " إذا أبرم عقد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة وتبين فى أثناء العمل أن من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة .... " .

وجاء بتقريرها تبريرا لهذا التعديل : " لاحظت اللجنة أن النص الأصلى قـــد ينصرف معناه إلى أن المقصود بالمجاوزة هى مجاوزة السعر الوارد فى

المقايســـة مـــع أن المقصود هو حالة مجاوزة الكم لا السعر لذلك عدلت اللجنة النص بما يزيل اللبس " (١).

ويشـــترط أن تكون الزيادة فى كميات الأعمال محسوسة فإذا لم تكن كذلـــك، وجـــب زيادة الأجر بما يقابل هذه الزيادة جبرا عن صاحب العمل. وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت الزيادة محسوسة من عدمه . ولايخضع فى هذا التقدير لرقابة محكمة النقض .

ولقاضى الموضوع بطبيعة الحال الاستعانة فى ذلك بأهل الخبرة .

ويشترط أن تكون هذه الزيادة المحسوسة غير متوقعة وقت إبرام العقد. فهـــذه الـــزيادة هى التى تتضح أثناء مباشرة المقاول للعمل فقط دون أن تكون متوقعة أثناء إبرام العقد .

أمـــا إذا كانت الزيادة متوقعة وقت إبرام العقد ، أو كان من الممكن توقعها زاد الأجر بمقدار هذه الزيادة جبرا عن رب العمل .

الشرط الثالث:

إخطار المقاول رب العمل بالزيادة بمجرد تبينه لها :

تنص على هذا الشرط الفقرة الأولى من المادة بقولها : " .. وجب على المقـــاول أن يخطـــر فى الحال رب العمل بذلك مبينا مقدار ما يتوقعه من زيـــادة فى الثمن ، فإن لم يفعل سقط حقه فى استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات " .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٣٧ وما بعدها .

فيجب على المقاول أن يخطر رب العمل بما تبين له أثناء العمل من أنه من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه بمجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة . وكذا بمقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن، على أساس الزيادة المتوقعة فى كمية العمل .

والمادة لم تحدد شكلا معينا يتم به الإخطار ، ومن ثم فإنه يمكن أن يتم بأية وسيلة، سواء بإعلان على يد محضر أو بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول ، أو بخطاب موصى عليه ، أو بخطاب عادى ، أو حتى شفاهة على أن يقوم المقاول بإثبات هذا الإخطار ، ولذلك يحسن أن يكون هذا الإخطار بكتاب مسجل على الأقل حتى يسهل إثباته .

والنص أوجب أن يتم الإخطار (فى الحال) أى بمجرد تبين المقاول الزيادة المحسوسة . أما إذا تراخى المقاول فى الإخطار بعد تبينه الزيادة المحسوسة ، فإن ذلك يعد تنازلا ضمنيا منه عن الزيادة فى الأجر ، ولا يجوز له بعد ذلك المطالبة بها . والعبرة بمقدار الزيادة التى ضمنها المقاول إخطاره للمؤجر، وعلى ذلك إذا تبين فيما بعد أن هذه الزيادة غير كافية، وأنه يلزم زيادة أخرى ، فلا يلزم رب العمل بزيادة أخرى .

١١١- أثر توافر الشروط الثلاثة سالفة الذكر :

إذا توافرت الشروط الثلاثة التى أوردناها فى البند السابق ، فإننا نكون بصدد أحد فرضين لكل منهما حكمه الخاص هما :

١- أن تكون المجاوزة المحسوسة فى كمية الأعمال جسيمة .

٢- أن تكون المجاوز المحسوسة فى كمية الأعمال غير جسيمة .

ونعرض لحكم كل من هذين الفرضين فيما يلى .

١١٢ـ الفرض الأول :

المجاوزة المحسوسة الجسيمة :

نصـــت الفقـــرة الثانـــية من المادة (٦٥٧) مدنى على حكم الزيادة المحسوســـة الجســـيمة بقولها : " فإذا كانت المجاوزة التى يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء ، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال، مقدرة وفقا لشروط العقد ، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل " .

والواضح أن المادة لم تبين متى تكون المجاوزة المحسوسة جسيمة، ومتى لا تكـــون كذلك . وإنما تركت تقدير لذلك لقاضى الموضوع ، وهو فى تقديره غير خاضع لرقابة محكمة النقض . ولا تعتبر المجاوزة بنسبة ١٠% من الأعمال المقدرة بالمقايسة مجاوزة جسيمة.

وتخلص أحكام الفقرة سالفة الذكر فيما يلى :

١- إذا كانت المجاوزة المحسوسة التى يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة ، كان رب العمال بالخيار بين التمسك بعقد المقاولة وبأن يطلب من المقاول إتمـــام العمل ، أو التحلل من عقد المقاولة ، وأن يطلب من المقاول وقف العمل .

٢- إذا اخـــتار رب العمل الخيار الأول وهو التمسك بعقد المقاولة، فإنه يلتزم بزيادة الأجر بما يتناسب مع الزيادة الجسيمة ، أما باقى شروط عقد المقاولة فتظل سارية .

٣- إذا اختار رب العمل الخيار الثانى وهو التحلل من عقد المقاولة . تعين عليه إخطار المقاول بوقف العمل -كما يقول النص- "دون إبطاء"، فإذا أبطأ رب العمل فى إخطار المقاول بوقف العمل بدون مبرر فإنه يفترض اختياره الخيار الأول وهو التمسك بعقد المقاولة .

و لم يحدد النص شكلا خاصا يتم به إخطار المقاول بوقف العمل . فقد يكون الإخطار بإعلان على يد محضر أو بخطاب موصى عليه بعلم الوصول، أو بخطاب موصى عليه ، أو بخطاب عادى ، أو حتى شفاهة بشرط إثبات رب العمل حصوله .

٤ -يجـــب عـــلى رب العمل إذا اختار التحلل من عقد المقاولة، أن يعوض المقاول بإيفائه " قيمة ما أنجزه من الأعمال ، مقدرة وفقا لشروط العقد ، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل " ، أى يجب على رب العمل أن يرد إلى المقاول قيمة ما أنجزه من أعمال والعبرة فى تقديـــر قيمة الأعمال التى أنجزها المقاول بالأسعار الواردة بالمقايسة ، ولـــو كـــان المقاول قد أنفق على هذه الأعمال ما يجاوز الأسعار الواردة بالمقايسة ، إلا إذا اتفق فى العقد على خلاف ذلك .

ويترتب على ذلك أنه إذا هبطت أسعار الأعمال التى تكبدها المقاول عن تلك الواردة بالمقايسة ، فإن رب العمل يظل ملتزما بالأسعار الأخيرة.

ويفصـــح عما تقدم أن المادة (٨٧٨) من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى التى أصبحت برقم (٦٥٧) كانت تنص فى عجز فقرتها الثانية على: " مـــع تعويـــض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من

الأعمال دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل " — إلا النص عدل فى مجلس الشيوخ باستبدال عبارة "مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقا لشروط العقد" بعبارة " مع تعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال " ، وجاء بتقرير لجنة القانون المدنى تبريرا لهذا التعديل ، أن اللجنة رأت أن يقتصر التزام رب العمل على الوفاء بقيمة ما أنجزه المقاول من الأعمال وفقا لشروط العقد دون إلزامه بما يجاوز هذه القيمة من مصروفات أنفقها لأن رب العمل لم يكن مسئولا عن مجاوزة المصروفات المقدرة فى المقايسة. بل وقد تكون قيمة المصروفات التى أنفقها المقاول مجاوزة للمتوقع من قيمة المقايسة نفسها ، والأمر لم يسفر إلا عن تنفيذ المقاولة تنفيذا جزئيا "[١] .

وتحلل رب العمل من المقاولة هنا هو فسخ للعقد دون أن يكون لهذا الفسخ أثر رجعى ، فما تم تنفيذه من العقد ينتج أثره ، ويفسخ العقد فى الشطر الذى لم ينفذ [٢].

١١٣ـ الفرض الثانى :
المجاوزة المحسوسة غير الجسيمة :

لم تتعرض المادة ٦٥٧ مدنى سالفة الذكر لفرض ما إذا كانت المجاوزة المحسوسة غير جسيمة .

ولكن بمفهوم المخالفة للفقرة الثانية منها لا يجوز لرب العمل التحلل من عقد المقاولة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٣٨ وما بعدها .

(٢) السنهورى ص ٢١٣ .

ويلتزم زيادة الأجر بما يتناسب مع هذه المجاوزة، ولا خيار له فى ذلك .

فإذا قدر القاضى مثلا المجاوزة بنسبة ١٠% من قيمة الأعمال المقدرة بالمقايسة ، فإنه يقرر زيادة الأجر بما يناسب هذه المجاوزة .

الحالة الثانية :

حالة الاتفاق على أجر إجمالى على أساس تصميم معين :

١١٤ ـ النص القانونى :

المادة (٦٥٨) مدنى :

" ١- إذا أبرم العقد بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل ، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث فى هذا التصـــميم تعديـــل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذونا به منه واتفق مع المقاول على أجره .

٢-و يجـــب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصلى ذاتة قد اتفق علية مشافهة.

٣-ولـــيس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدى العاملة أو غيرها من التكاليف أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجر ولو بلغ هذا الارتفاع حدا يجعل تنفيذ العقد عسيرا .

٤- عـــلى أنه إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمـــل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت

التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد " .

١١٥ـ شروط تطبيق المادة :

تـــنص المـــادة على أنه إذا أبرم العقد بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل ، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة فى الأجر ولـــوحدث فى هذا التصميم تعديل أو إضافة ، ثم أوردت استثناءين على هذا الأصل .

ونعرض هنا لشروط تطبيق المادة وهى ثلاثة :

١- أن يكون الأجر فى المقاولة قد تحدد بمبلغ إجمالى :

ويـــتحقق ذلك بأن يتفق المتعاقدان وقت إبرام العقد أى مقدما ، على أجـــر معين يدفعه رب العمل فى مقابل كل الأعمال المطلوبة من المقاول، بحيـــث يكون هذا التحديد نهائيا، فلا يكون الأجر قابلا للتغيير فيه بعد ذلك لأى سبب من الأسباب .

أمـــا إذا كـــان الأجـــر الإجمالى غير محدد تحديدا نهائيا ، كأن اتفق المـــتعاقدان على زيادة الأجر أو نقصه إذا تبين أن تكاليف العمل أكثر أو أقـــل مما كان متفقا عليه ، فإن هذا الاتفاق يخضع للقواعد العامة ويكون ملزما للطرفين .

٢-أن يكون هذا الأجر قد تحدد علي أساس تصميم متفق عليه :

ولا يقصد بالتصميم هنا معناه الفنى وهو التمثيل بالخطوط والرسومات، بل يقصد به كل وصف للأعمال المعهود بها إلى المقاول ،ويجب أن يكون هذا التصميم كاملا وواضحا ونهائيا.

فيحب أن يكون التصميم كاملا، بأن يتضمن بيان كل الأعمال المطلوبة، أمـــا إن اقتصـــر فقط على بيان بعض هذه الأعمال ونص على أن بقيتها تستكمل فيما بعد ، بواسطة رب العمل أو المهندس المعمارى ،فإن المقاولة لاتعتبر جزافية بالمعنى المقصود فى المادة ٦٥٨، إذ يجب أن يتوافر للتصميم كمـــاله وقت إبرام العقد لا فى وقت لاحق ، وذلك حتى يمكن القول أن تحديد الأجر وقت إبرام العقد قد تم على أساس هذا التصميم .

ويجـــب أن يكـــون التصميم واضحا ، ومعنى الوضوح هنا أن يكون مفصلا دقيقا، فلا يكون التصميم الذى لايشتمل إلاعلى الخطوط الرئيسية للأعمال المطلوب إنجازها، أو إلاعلى فخطط تقريبى غير دقيق لهذه الأعمال تصميما واضحا .

ويجب أخيرا أن يكون هذا التصميم متفقا عليه بصفة نهائـــية ، أى أن يكـــون اتفاق المتعاقدين عليه نهائيا ، بحيث لا يجوز إجراء أى تغيير بعد ذلك فى مدى أو أوصاف الأعمال التى يتضمنها ولايتحقق ذلك إذا كان رب العمـــل قـــد احتفظ لنفسه فى العقد بالحق فى إدخال تعديلات على

التصميم المتفق عليه ، سواء بالإضافة أو بالحذف ، أو بالتغيير، فمن شأن هذا الشرط أن ينفى كون الأجر قد تحدد على أساس التصميم المتفق عليه.

ويستفاد بيان الأعمال المعهود بها إلى المقاول من جميع الوثائق التى يتكون منها اتفاق الطرفين ، وبصفة خاصة من العقد الأصلى ومن دفتر الشروط، ومن المقايسة ومن الرسومات .

٣- أن يكون عقد المقاولة مبرما بين رب العمل الأصلى والمقاول .

أما إذا أبرم العقد بين مقاول أصلى ومقاول من الباطن ، فلا يخضع لحكم المادة ٦٥٨مدنى، وإنما تسرى حكم القواعد العامة. فلو اتفق مقاول أصلى مع مقاول من الباطن على أن يقوم الأخير بعمل على أساس تصميم معين متفق عليه بأجر إجمالى جزافى كان فى استطاعة المقاول من الباطن أن يجرى تعديلات فى التصميم بعد موافقة المقاول الأصلى ولو بموجب موافقة ضمنية غير مكتوبة . ودون حاجة للاتفاق معه على الأجر الزائد فى مقابل هذا التعديل حسب أهمية التغيير ومداه وطبيعته ونفقاته وتكاليفه . والسبب فى ذلك أن المادة ٦٥٨ مدنى إنما وضعت لحماية رب العمل وهو عادة غير فنى قليل الخبرة من المقاول ، وهو شخص واسع الخبرة والتجربة فى مجال عمله .

١١٦- أثر توافر الشروط الثلاثة :

إذا توافرت الشروط الثلاثة السالفة الذكر ، فإن الأجر الإجمالى الجزافى الذى اتفق عليه الطرفان لا يكون قابلا للتعديل زيادة أونقصا ، إلا إذا

كان المقاول لم ينجز كل العمل وإنما أنجز بعضه فلا يستحق من الأجر إلا ما يناسب قيمة ما أنجز من العمل .

ويظل الأجر ثابتا ، حتى ولو أدخل المقاول تعديلا على التصميم ، ولو كان هذا التعديل ضروريا ، أو زادت التكلفة لأى سبب من الأسباب، كارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور الأيدى العاملة أو غير ذلك من التكاليف ، ولو بلغ هذا الارتفاع حدا يجعل تنفيذ العقد عسيرا .

وكانت المادة ٨٧٩ من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة ٦٥٨ تقتصر على ذكر ارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور الأيدى العاملة ، إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أضافت عبارة " أو غيرها من التكاليف" فى الفقرة الثالثة لتواجه مسائل النقل والتأمين وغيرها [١].

والحكمة من ذلك أن رب العمل قصد من الاتفاق على الأجر الجزافى أن يطمئن إلى مركز مستقر ثابت فلا يفاجأ بأية زيادة، وأيضا حماية رب العمل من المقاول لقلة خبرته بالنسبة إلى خبرة الأخير .

ولا يجوز للمقاول الرجوع على رب العمل بدعوى الإثراء على حساب الغير ، ولو كان ما قام به من أعمال قد زاد فى قيمة العمل. لأن العقد الجزافى يمنع كل زيادة فى الأجر إذا لم يأذن رب العمل بالأعمال التى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٤ .

أجـــراها المقاول وإذا لم يتفق معه على أجرها . وبالتالى فإن احتفاظ رب العمل بهذه الأعمال وانتفاعه بها يكون له سبب وهو عقد المقاولة.

ومـــن المقرر أن أحكام الإثراء بلا سبب لا تنطبق إذا كان هناك عقد مـــبرم بين المشترى والمفتقر وكان هذا العقد ينظم الأعمال التى أدت إلى هذا الإثراء أو إلى هذا الافتقار .

ويســـتطيع المقـــاول نـــزع هذه الأعمال إذا كان ذلك لا يضر برب العمل(١).

غير أن هذا الحكم ليس من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على مخالفته، وبصـــفة خاصـــة يجوز أن يتفق فى العقد على أن للمقاول الحق فى القيام بأعمال لا يتضمنها التصميم إذا كانت هذه الأعمال لا غناء عنها لتنفيذه، وأن لـــه تقاضـــى أجرا عن هذه الأعمال متى تمت دون اعتراض من رب العمل ، ولو لم يأذن بها صراحة ، ولو لم يتفق على أجرها (٢).

١١٧- استثناءان يجوز فيهما زيادة الأجر :

نصت المادة (٦٥٨) مدنى على استثنائين من القاعدة العامة التى بمقتضاها لايجـــوز تعديل أجر المقاول بالزيادة أو النقصان فى حالة إبرام العقد بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل وهما :

---

(٢) محمد لبيب شنب ص ١٧١ .

(١) السنهورى ص ٢٢٢ وما بعدها — محمد لبيب شنب ص ١٧٢ .

١- حدوث تعديل أو إضافة فى التصميم بسبب خطأ رب العمل أو بإذن منه .

٢- انهيار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة .

ونعرض لهذين الاستثنائين فيما يلى :

١١٨- الاستثناء الأول :

حدوث تعديل أو إضافة فى التصميم بسبب خطأ رب العمل أو بإذن منه:

تنص على هذا الاستثناء الفقرة الأولى من المادة (٦٥٨) مدنى بقولها:

" فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة فى الأجر **ولو حدث فى هذا التصميم تعديل** أو إضافة **إلا أن يكون ذلك** راجعا إلى **خطأ من رب العمل** أو **يكون مأذونا به منه واتفق مع المقاول على أجره** " .

فيشترط لسريان هذا الاستثناء ما يأتى :

١- حدوث تعديل أو إضافة فى التصميم.

٢- أن يكون التعديل أو الإضافة فى التصميم إما راجعا إلى خطأ من رب العمل واستوجب ذلك زيادة التكاليف على المبلغ الإجمالى، وإما أن يكون مأذونا به من رب العمل للمقاول واتفق معه على أجره مقابل هذا التعديل أو الإضافة .

ومثال خطأ رب العمل الذى يبرر زيادة أجر المقاول أن يكون رب العمل قد قدم للمقاول معلومات خاطئة عن الأبعاد التى يريدها للبناء، أو قدم له أرضا لا يملكها كلها فاضطر المقاول إلى هدم البناء فى الجزء الذى لا يملكه رب العمل وتعديل التصميم على مقتضى المساحة الحقيقية التى يملكها رب العمل . إذ يحق للمقاول فى هذه الحالة أن يطالب بزيادة فى الأجر تقابل النفقات التى تكبدها بسبب اضطراره إلى الهدم وتعديل التصميم .

ولا يشترط لحصول المقاول على الزيادة فى الأجر أن يكون خطأ رب العمل صادرا عن سوء نية أو تقصير . طالما أنه تسبب بخطئه فى زيادة التكاليف على التكاليف الإجمالية المتفق عليها .

وكذلك يرجع المقاول بالزيادة فى الأجر إذا حدث تعديل أو إضافة فى التصميم بإذن من رب العمل . بشرط أن يكون رب العمل قد اتفق مع المقاول على الزيادة فى الأجر التى يستحقها مقابل الإضافة أو التعديل.

ولا يعتد بالإذن الصادر من مهندس رب العمل ، إلا إذا كان المهندس وكيلا عنه، وكانت وكالته تخوله سلطة إجراء تعديلات أو إضافات على التصميم المتفق عليه فإذا لم يصدر إذن من رب العمل، وقام المقاول من نفسه بالتعديل أو الإضافة فلا يستحق المقاول الزيادة .

والحكمــة مــن اشتراط اتفاق رب العمل مع المقاول على الزيادة فى الأجــر ، أن المقــاول قد يغرى رب العمل بإجراء تعديل فى التصميم أو إضــافة فــيه ثم يطالبه بعد ذلك بزيادة لم يكن يتوقعها فتضيع عليه ميزة الأجــر الجزافى الذى اطمئان إليه عند إبرام عقد المقاولة . وهذا يعنى أن المشرع أراد بذلك تنبيه رب العمل إلى الزيادة التى سيتحملها[١].

وكــون العمــل الزائد قد تم فى حضور رب العمل أو بعلمه ودون اعــتراض منه ، لا يكفى لإلزامه بزيادة فى الأجر ، لأن هذا المسلك وإن أمكن الاستدلال منه على إذن رب العمل بإجراء هذا العمل، فإنه لا يفيد الاتفاق مع المقاول على أجره.

وهنا يبدو خروج نص المادة ٦٥٨ على الأحكام العامة فى المقاولات الــتى تبيح للمقاول المطالبة بأجر ما قام به من عمل ولو لم يتفق مع رب العمــل على الأجر. ويتكفل القانون بعد ذلك بتحديد مقدار الزيادة فى الأجــر ويرجع فى هذا التحديد إلى قيمة العمل ونفقات المقاول (م٦٥٩ مدنى) [٢].

وقــد أوجبت الفقرة الثانية من المادة (٦٥٨) أن يحصل الاتفاق بين رب العمل والمقاول على إحداث التعديل أو الإضافة بالتصميم والزيادة فى

---

(١) السنهورى ص ٢٢٥ وما بعدها - فتيحه قره ص ٢١١ .

(٢) فتيحه قره ص ٢١١ .

الأجـــر المتفق عليها كتابة . إلا إذا كان العقد الأصلى ذاته قد اتفق عليه مشافهة .

واشتراط الكتابة لا يتضمن خروجا على القواعد العامة فى الإثبات ، لأن الإذن بإجـــراء تعديل أو إضافة فى التصميم ، يعتبر مجاوزا ما اشتمل علـــيه دليل كتابى — هو عقد المقاولة المبرم بين الطرفين- وبالتالي لا يجوز إثبات هذا الإذن إلا بالكتابة بالتطبيق للمادة (٦١/أ) من قانون الإثبات . والكتابة لا تشترط فقط لإثبات الإذن بتعديل التصميم أو الإضافة إليه ، بل تشترط أيضا لإثبات الزيادة فى الأجر ، على عكس ما يوهم به ظاهر النص [١].

ولما كانت الكتابة هنا مشترطة للإثبات ، فإنه يغنى عنها مبدأ الثبوت بالكتابة إذا عزز بالبينة (م٦٢ من قانون الإثبات) . وكذلك يجوز الإثبات بالبيـــنة إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى (م٦٣/أ من قانون الإثبات) أو إذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبى لا يد له فيه (م٦٣/ب من قانون الإثبات " [٢].

---

(١) السنهورى ص ٢٢٧- فتيحه قره ص ٢١١ وما بعدها .

(٢) وفى ظـــل التقنين المدنى القديـــم لم يلتزم القضاء ضرورة الاتفاق مقدما على الـــتعديل وزيادة الأجر ، بل استخلص وجود هذا الاتفاق من وجود التعديل فقط . فقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن جرت العادة فى أشغال العمارات أن يغير أصحابها فى تنفيذ الأعمال المختصة بها، ومن تلك التغييرات ما يكون=

١١٩- الاستثناء الثانى :

انهيار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة :

تنص على هذا الاستثناء الفقرة الرابعة من المادة (٦٥٨) مدنى بقولها :

" على أنه إذا أنهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد " .

وهذا النص تطبيق خاص لنظرية الحوادث الطارئة المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة (١٤٧) مدنى التى تجرى على أن :

"ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضى، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " — ولذا جاء

=وقتيا فلا يؤخذ به عقد خاص . ولذلك لا يفيد صاحب العمارة التمسك بالعقد إذا ثبت حدوث التغييرات من مقارنة الأعمال التامة على ذلك العقد ومن أقوال الخصوم أنفسهم (استئناف وطنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ مشار إليه بهامش السنهورى ص ٢٢٧) .

بمذكـــرة المشـــروع التمهيدى عن الفقرة الرابعة من المادة (٦٥٨) أنهـــا "تطبـــيق لنظرية الظروف الطارئة فى حالة عقد المقاولة. وقد سبق أن قرر المشروع هذه النظرية بصفة عامة فى المادة ٢١٣ فقرة ٢ منه " [١].

وعـــلى ذلـــك فإن شروط الفقرة الرابعة من المادة (٦٥٨) هى ذاتها شروط نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها بالمادة ٢/١٤٧ مدنى .

وشروط نظرية الظروف الطارئة تخلص فيما يأتى :

١- أن يكون العقد متراخيا :

ويمكـــن القول بأن هذا الشرط يتوافر فى الغالب ، ولكنه ليس شرطا ضروريا .

وهـــذا الشـــرط متوافر فى عقد المقاولة على اعتبار أن هناك فترة من الزمن تفصل بين إبرام المقاولة وتنفيذها هى فترة الإعداد والتجهيز لتنفيذ محل عقد الوكالة [٢].

٢- أن تطرأ بعد إبرام العقد حوادث استثنائية عامة :

يشترط أن تطرأ بعد إبرام العقد حوادث استثنائية عامة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٢ .

(٢) قدرى الشهاوى ص ٢١٤ .

وهذا الشرط نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ بقولها : " على أنـه إذا انهـار الـتوازن الاقتصادى بين التزامات ... **بسبب حوادث استثنائية عامة** " .

ومثل ذلك الحرب والفيضان أو انتشار وباء أو صدور تشريع مفاجئ أو اسـتيلاء إدارى أو قيام تسعيرة جبرية أو إلغائها . ويترتب على هذه الحوادث الاستثنائية العامة ارتفاع أسعار المواد الأولية أو أجور العمال أو أجور النقل أو سعر التأمين أو الضرائب .

ولم تـرد كلمة (عامة) بعد لفظ (استثنائية) بمشروع المادة ٦٥٨ (وكانـت بـرقم ٨٧٩) ، إلا أن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب قـيدت الحوادث بأن تكون استثنائية عامة حتى تحدد المقصود بالحوادث، وحـتى تتمشى المادة التى نحن بصددها مع المادة ١٤٧ مدنى إذ أن الأولى ليست إلا تطبيقا للثانية [١].

وقد تكون الحوادث الاستثنائية موجودة وقت التعاقد ولكنها لم تكن معـروفة من المقاول ولا متوقعة ولا يمكنه توقعها . مثل ذلك أن يكون تحت الأرض المراد البناء عليها أطلال مدينة قديمة أو مجرى مياه جوفية، مما يسـتوجب وضع أساسات تزيد تكاليفها كثيرا عما كان مقدرا، فيعتبر ذلك حادثا استثنائيا عاما- وهو عام لأنه لا يخص هذا المقاول وحده بل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٣ .

يعـــم أى مقـــاول آخر يوكل إليه تنفيذ هذه المقاولة لم يكن فى الحسبان وقت التعاقد [١].

(١) السـنهورى ص ٢٣٠ هـامش (١) - قدرى الشهاوى ص ٢١٤ وما بعدها هـامش (٤٤) - فتيحه قره ص ٢١٣ هامش ٢٣ وما بعدها - وعكس ذلك محمد لبيب شنب ص ١٧٦ إذ يذهب إلى أنه يشترط لتطبيق النص أن تطرأ بعد إبرام العقد حوادث أو ظروف لم تكن موجودة وقت التعاقد ولذلك فإن النص لا ينطبق إذا زادت نفقات المقاول بسبب صعوبات فى التنفيذ كانت موجودة وقت إبرام العقد ، كما لو تبين أن تحت الأرض المراد البناء عليها مجرى جوفى لـنهر أو أطلال مدينة قديمة ، مما يستدعى عمل أساسات غير عادية ، تتكلف نفقـات طائلة، فإن ذلك لا يدخل فى حكم المادة ٤/٦٥٨، ومع ذلك فإنه يجز للمقاول أن يطلب إبطال عقد المقاولة ، على أساس الغلط فى صفة جوهرية من صـفات العمل محل العقد ، فالعمل كان من الواجب إنجازه على أرض صالحة بطبيعتها للبناء ، وهذه هى الصفة الجوهرية التى دفعت المقاول إلى قبول التعاقد بالأجـر المحدد إجمالا ، ولكن تبين أن هذه الأرض لا يمكن البناء عليها إلا بعد تهيئـتها لذلك بأعمال غير عادية ، ولذلك يعتبر المقاول واقعا فى غلط جوهرى يجـيز لـه إبطـال العقد ، ويجوز لرب العمل أن يتلافى هذا الإبطال بأن يدفع للمقاول زيادة فى الأجر تتناسب مع زيادة النفقات الناتجة عن ضـرورة القيام بهذه الأعمال ، إذ لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية (م١٢٤) .

ويعلـق الدكتور السنهورى على هذا الرأى (ص ٢٣٠ هامش ١) قائلا " إذا كـان بعض الفقهاء وبعض أحكام القضاء فى فرنسا تذهب هذا المذهب ... فذلـك لأن القضاء المدنى فى فرنسا لا يقر نظرية الظروف الطارئة ، ولايوجد نص عليها فى التقنين المدنى الفرنسى لا فى مبدئها العام ولا فى تطبيقها الخاص-

٣- أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس فى الوسع توقعها :

وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدنى بقولها: " بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد " .

فـالحوادث الاستثنائية العامة التى لم تكن فى الحسبان هى تلك التى لا يكـون فى الوسـع توقعها . فهذه الحوادث تكون حوادث نادرة أو غير عاديـة أو غـير مألوفة ، و لم يكن هناك ما يستدعى أن يتوقع المتعاقدان حصـولها حسب السير العادى للأمور خلال تنفيذ العقد . ومعيار التوقع أو الحسبان معيار موضوعى، فلا ينظر فيه إلىما توقعه أو حسبه المتعاقدان فعـلا ، بـل إلى ما كان يجب أن يتوقعه شخص عادى لو وجد فى مثل ظروفهما بحسب السير العادى للأمور .

=بعقـد المقاولة ، فالالتجاء إلى نظرية الغلط طريق لا بأس به للوصول إلى حل عادل أمام انعدام النص ، ولكنه طريق يجب فى سلوكه كثير من الحيطة والحذر .... أما فى مصر فلسنا فى حاجة إلى سلوك هذا الطريق ، إذا النص موجود يقـرر المـبدأ العام لنظرية الظروف الطارئة، ثم يقرر النظرية ذاتها فى تطبيقها الخـاص بعقـد المقاولـة. ولا فرق بين حادث استثنائى يجد بعد إبرام المقاولة وحـادث استثنائى موجود وقت إبرامها ولكنه غير ممكن توقعه . فكلاهما من الحـوادث الاسـتثنائية التى لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد كما تقول الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدنى " .

٤- أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا .

وقـــد عبرت عن ذلك الفقرة الرابعة من المادة بقولها : " على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول " .

وهذا يعنى أنه يجب أن يكون من شأن الحوادث الطارئة أن تهدد المقاول بخســـارة فادحة . ذلك أن من يبرم عقد مقاولة بأجر إجمالى، يتوقع أن تنفيذ الظروف أثناء تنفيذا العمل، وهوعادة يتوقع هذا التغيير ثم هو يجازف ويقامـــر بتحديد الأجر إجمالى ، ويعلم أنه قد يصاب بخسارة نتيجة اتباع هذه الطريقة من طرق تحديد الأجر ، ولكنه فى نفس الوقت يأمل أن يحقق ربحا كبيرا، ولاشك أن الاحتمالات التى تكون فى ذهن المقاول وقت إبرام العقد ،هى الاحتمالات المألوفة المتكرر حدوثها ، أما الاحتمالات النادرة أو الاستثنائية فإنه لا يعمل لها حسابا، وإلا لما أقدم على التعاقد، فإن تحقق احـــتمال من هذه الاحتمالات الاستثنائية ، بأن طرأ حادث استثنائى عام أدى إلى تهديـــده بخســـارة فادحة، فإن الأساس الذى يكون قد أقام عليه تقديـــره المـــالى يـــتداعى ، وينهار معه التوازن الاقتصادى بين التزاماته والتزامات رب العمل .

ويكفـــى أن تجعـــل هذه الزيادة الفاحشة تنفيذ التزام المقاول مرهقا وعسيرا ، لا مستحيلا ، لأننا لسنا بصدد قوة قاهرة . أما إذا كان كل ما ترتـــب عـــلى مـــا حدث هو انعدام ربح المقاول أو إصابته بخسارة غير جسيمه، فلا يجوزله التمسك بالمادة ١/٦٥٨ للحصول على زيادة أخرى.

ويعتد فى الخسارة الفادحة بالعمل محل عقد المقاولة، فلا عبرة بما يكون المقاول قد حققه من ربح كبير فى أعمال أخرى ، بل لاينتفى الإرهاق إذا كـــان المقاول قد قام بتخزين كمية كبيرة من المواد الأولية دون أن يتوقع ارتفاع السعر ، ثم علت أسعار هذه المواد أضعافا مضاعفة بسبب حوادث استثنائية عامة ، فيجوز للمقاول أن يحتج بزيادة الأسعار وطلب الزيادة فى الأجر . وتقدير ما إذا كان المقاول مهددا بخسارة فادحة ، وبالتالى كون التوازن الاقتصادى بين التزامات كل الطرفين قد انهار ، مسألة موضوعية، يفصـــل فـــيها القاضى مستهديا بظروف كل دعوى ، مع مراعاة عدم الاعتداد بالظروف الخاصة بالمقاول من حيث غناه أو فقره ، إذ يجب أن يقدر الإرهاق تقديرا موضوعيا ، لا ينظر فيه إلى المقاول المقصود بالذات، بل إلى مقاول عادى لو وجد فى مثل ظروف هذا المقاول ، على ضوء ما يلتزم به بالمقابلة إلى التزامات رب العمل [١].

وإن كانـــت شروط نظرية الظروف الطارئة فى مبدئها العام تتفق مع شروط النظرية فى تطبيقها الخاص بعقد المقاولة ، فإن الجزاء يختلف قليلا عن الجزاء فى التطبيق الخاص لعقد المقاولة . فالفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى التى تضع الجزاء فى حالة توافر شروط نظرية الظروف الطارئة تقضى بأن يجوز"للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٧٥ وما بعدها .

الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" فـيجوز للقاضى أن يوقف تنفيذ الالتزام المرهق أو ينقص منه أو يزيد فى الالتزام المقابل ، إلا أنه يمتنع عليه فسخ العقد ، فالالتزام المرهق يبقى ولا ينقضـى ، ولكـن يرد إلى الحد المعقول ، فتتوزع بذلك تبعة الحادث الطارئ بين المدين والدائن ، ولا يتحملها الدائن وحده بفسخ العقد [١].

أمـا التطبيق الخاص لعقد المقاولة ، فقد حدده عجز الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ الجزاء بقولها : " جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أوبفسخ العقد " .

فللقاضـى أن يقضى بزيادة أجر المقاول . ولكن يجب ألا تجاوز هذه الزيادة ما هو لا زم لرفع الإرهاق غير المتوقع عن المقاول ، ويكون ذلك بتحمـيل المقاول الارتفاع المألوف فى أسعار المواد الحالية وأجور العمال، لأن هذا الارتفاع متوقع وبالتالى يدخل فى تقدير المقاول عند إبرام العقد ، أما القدر غير المألوف من الارتفاع فيوزع على المقاول ورب العمل .

أما إذا لم يرتض رب العمل زيادة الأجر والإبقاء على عقد المقاولة ، فإنه يجوز للقاضى أن يقضى بفسخ العقد .

كما يجوز للقاضى أن يقضى بالفسخ إذا رأى مبررا لذلك ، كما إذا رأى أنه إذا زاد الأجر فإن التزام المقاول يبقى مع ذلك مرهقا وفى الوقت ذاته ترهق زيادة الأجر رب العمل .

---

(١) السنهورى ص ٢٣٢ — قدرى الشهاوى ص ٢١٦ .

ورغـــم أن النص قصر الجزاء على زيادة الأجر أو الفسخ ، فإنه يجوز للقاضى تطبيقا لنص المادة ٢/١٤٧ وهو نص عام ، أن يقف تنفيذ العقد حتى تزول الحوادث الطارئة إذا كانت وقتية وينتظر زوالها بعد وقت غير طويل ، وإذا كان ذلك لا يفوت على رب العمل الفائدة التى يقصدها من وراء إنجاز العمل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) – " مفاد نص المادتين ٢/١٤٧، ٤/٦٥٨ من القانون المدنى أنـــه إذا حـــدث بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة يترتب عليها ارتفـــاع أسعار المواد الأولية أو أجور العمال أو زيادة تكاليف العمل ، وكان ذلك بسبب حادث استثنائى غير متوقع عند التعاقد وترتب عليه أن أصـــبح تنفـــيذ العقد مرهقا، فإنه يكون للقاضى وبصفة خاصة فى عقد المقاولـــة ، فسخ هذا العقد أو زيادة أجر المقاول المتفق عليه بما يؤدى إلى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول " .

(ب)- " شرط الإرهاق الذى يهدد بخسارة فادحة — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أمر تخالطه عناصر واقعية ويقتضى تحقيق اعتبارات موضوعية متعلقة بالصفقة ذاتها ، وإذا كان الطاعن لم يقدم ما يدل على تمسكه أمام محكمة الموضوع بهذا الدفاع الذى أثاره بسبب الطعن ، فإنه لا يجوز له إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٩٩ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١١/٢٤)

والجزاء سالف الذكر يعتبر من النظام العام ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدما على مخالفته ، كأن ينزل المقاول مثلا فى عقد المقاولة عن حقه فى التمسك بنظرية الظروف الطارئة لأن مثل هذا التنازل يكون باطلا . ولا ينال من ذلك أن المادة ٦٥٨ لم تنص على هذا الحكم كما فعلت المادة ٢/١٤٧ مدنى ، لأن المادة الأولى ليست إلا تطبيقا للمادة الثانية .

ولئن كانت أحكام المادة ٦٥٨ مدنى قاصرة على المقاولة التى يكون فيها الأجر حدد بمبلغ إجمالى على أساس تصميم متفق عليه ، إلا أنه يجب تطبيق نظرية الظروف الطارئة فى مبدئها العام الوارد بالمادة ٢/١٤٧ مدنى على المقاولة التى يكون فيها الأجر مقدرا بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة .

أجر المهندس المعمارى

١٢٠ ـ النص القانونى :

المادة (٦٦٠) مدنى :

" ١- يستحق المهندس المعمارى أجرا مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة وآخر عن إدارة الأعمال .

٢- فإن لم يحدد العقد هذه الأمور وجب تقديرها وفقا للعرف الجارى .

٣- غـــير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه المهندس وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذى استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل " .

١٢١ـ القاعدة فى أجر المهندس المعمارى :

قـــد يباشر المهندس المعمارى أعمالا مادية مثل وضع التصميم وعمل الرســـومات وإجـــراء المقايسات وإدارة الأعمال والإشراف على التنفيذ ورمى الأساسات والتسليح وإعداد الخلطة الأسمنتية ، وقد يباشر المهندس المعمارى بعض الأعمال القانونية ، مثل عقد صفقات لحساب رب العمل وإقرار حساب المقاول وتسلم العمل منه ... إلخ .

والأعمـــال الماديـــة التى يؤديها المهندس تسرى فى شأنها أحكام عقد المقاولـــة ، أما الأعمال القانونية ، فيسرى فى شأنها أحكام عقد الوكالة. فيكون عقد المهندس خليط من عقدى المقاولة الوكالة . ولما كان عنصر المقاولة هو الغالب، فإنه عند التعارض بين أحكام الوكالة والمقاول تسرى أحكـــام عقد المقاولة دون أحكام عقد الوكالة . وبالتالي لا يخضع أجر المهـــندس لتقدير القاضى كأجر الوكيل . ولا ينتهى بموت رب العمل، كعقد الوكالة (١).

والأصـــل أن المهـــندس المعمارى يعمل بأجر لأنه من أصحاب المهن الحرة، والأصل أن كل صاحب مهنة حرة بتقاضى أجرا عن عمله .

---

(١) السنهورى ص ٢٣٦- محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٤٣ .

وقــد نصــت الفقرة الأولى من المادة على أن : " يستحق المهندس المعمارى أجرا مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة وآخر عن إدارة الأعمال" — فالأصل أن عمل المهندس المعمارى يتمثل فى وضع التصميم وعمل المقايسة ، ولكنه لا يوجد ما يمنع من أن يعهد إليه بالإشراف على التنفيذ وإدارة الأعمال . وفى هذه الحالة يستحق أجرا مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة وأجرا آخر عن إدارة الأعمال .

وإن كانــت القــاعدة أن المهــندس المعمارى يعمل بأجر، فإن هذه القاعدة تقبل الدليل على العكس. فقد يستخلص من الظروف أن المهندس المعمــارى يعمــل دون أجر. ومثل ذلك أن يضع تصميما ويتقدم به فى مســابقة للحصول على عمل أو على صفقة، أو لعرضه على رب العمل كإيجاب منه يتطلب القبول لكى يصبح عقدا يتم بالتراضى .

١٢٢ ـ كيفية تقدير أجر المهندس المعمارى :

الأصل أن يتم تقدير أجر المهندس المعمارى باتفاق الطرفين .

والمــتعاقدان لهما الحرية الكاملة فى كيفية تحديد الأجر . فقد يحددان الأجــر بمبلغ إجمالى عن كل الأعمال التى يعهد بها إلى المهندس المعمارى دون تحديد أجر لكل منها ، وقد يحددان أجرا لكل عمل على حدة . وقد يقرران الأجر بنسبة معينة من قيمة الأعمال التى يقوم بها، وفى هذه الحالة تكون العبرة بالأعمال الفعلية التى يقوم بها لا الأعمال الواردة بالمقايسة،

وعـــندئذ لا يمكـــن تحديد الأجر إلا بعد إنجاز الأعمال. ومعرفة كميتها الحقيقـــية ، غير أنه قد ينص فى العقد على أن العبرة بالأعمال الواردة فى العقـــد ، وفى هـــذه الحالة يمكن تقدير أجر المهندس مقدما قبل أن يقوم بتنفيذ تلك الأعمال حسب المقايسة التى يضعهاقبل البدء فى العمل ولاعبرة عـــندئذ بقيمة الأعمال التى يقوم بها فعلا غير أنه إذا ثبت بعد التنفيذ أن المهـــندس قد بالغ فى تقدير قيمة الأعمال فى المقايسة لكى يزيد بذلك من أجـــره أنقـــص الأجر إلى ما يتناسب مع قيمتها الفعلية ، ولرب العمل مطالبة المهندس بالتعويض عن أى ضرر يلحق به من جراء هذا الغش (١).

أمـــا إذا لم يتفق المتعاقدان على أجر المهندس المعمارى ، فقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة ببيان كيفية تقديره بنصها على أن :

"فإن لم يحدد العقد هذه الأجور وجب تقديرها وفقا للعرف الجارى".

ويعد هذا النص استثناء من القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ٦٥٩ مـــدنى التى تقضى بأن : " إذا لم يحدد الأجر سلفا ، وجب الرجوع فى تحديـــده إلى قـــيمة العمل ونفقات المقاول " . وعلى ذلك فإنه يرجع فى تحديد أجر المهندس المعمارى عند عدم الاتفاق عليه بينه ورب العمل إلى العرف الجارى .

والمقصود بالعرف الجارى هو عرف المهندسين المعماريين .

---

(١) محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٤٣ وما بعدها – فتيحه قره ص ٢٢٠وما بعدها.

وقــد قضــت محكمة الاستئناف المختلطة فى ٨ مارس ١٩٢٧ بأن العــرف فى مصــر يجرى على إعطاء المهندس ٢% من تكاليف البناء فى مقابل وضع التصميم وعمل المقايسة ، ٣% فى مقابل إدارة الأعمال (١).

وقــد قســمت لائحة مزاولة مهنة الهندسة المعمارية وتقدير الأتعاب والمسابقات الأعمال إلى أربع فئات تبعا لأهميتها (م٤) . وحددت لكل فئة أتعابــا — كحــد أدنى- عبارة عن نسبة معينة من تكاليف البناء ، بحيث تــنقص هذه النسبة كلما زادت تلك التكاليف ، وتتراوح نسبة الأتعاب بين ٤ % و٩ % بالنسبة للفئة الأولى من الأعمال ، وبين ٥% و١٠% بالنسبة للفئة الثانية، وبين ٩% و١٢% بالنسبة للفئة الثالثة، وبين ١١% و١٦% بالنســبة للفــئة الرابعة ، وتشمل هذه النسب أجر المهندس عن وضــع المشــروعات الابتدائــية والرسومات التنفيذية والنهائية وعمل المقايسات والعقود والعطاءات والإشراف على التنفيذ، وغنى عن البيان أنه ليس لهذه اللائحة أى قوة إلزامية إلا إذا أحال إليها المتعاقدان صراحة (٢).

---

(١) وقــارن استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ ويقضى الحكم بأنه لا يوجد فى مصــر عرف لتحديد أجر المهندس ، فيترك الأمر لتقدير القاضى ، ويسترشد بقيمة الأعمال التى تمت وبمقدار الوقت الذى استغرقته هذه الأعمال " .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٧٠ هامش (١) .

غير أنه إذا لم يحدد المتعاقدان أجر المهندس المعماري ، جاز للقاضي الاستئناس بهذه اللائحة في تبين العرف الذي يسير عليه المهندسون المعماريون في تقدير أتعابهم [١].

ويجب ليكون التصميم كاملا ، أن يكون مصحوبا بمقايسة مفصلة عن تكاليف الأعمال وجميع الشروط المتعلقة بطبيعة كل عمل . وإلا كان التصميم ناقصا ويراعى ذلك عند تقدير الأجر .

١٢٣ـ عدم جواز تخفيض أجر المهندس المعماري :

إذا حدد أجر المهندس المعماري اتفاقا فلا يجوز للقاضي تخفيضه ولو كان مبالغا فيها ، عكس الحال في أجر الوكيل (م٧٠٩/٢ مدني) ، ويسري ذلك على الأجر الذي يحدده القاضي عند عدم الاتفاق عليه .

ولايجوز أيضا تخفيض هذا الأجر حتى لو تضمنت الأعمال التي يقوم بها تصرفات قانونية باعتباره وكيلا عن رب العمل في هذه التصرفات ، ذلك أنه إذا اختلطت الوكالة بالمقاولة فالعنصر الغالب هو عنصر المقاولة، وتسري أحكامها دون أحكام الوكالة إذا حصل تعارض بينهما .

١٢٤ـ تخفيض الأجر إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم :

تنص الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٠ مدني على أنه : " غير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذي وضعه المهندس وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذي استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل " .

---

(١) السنهوري ص ٢٤١ — قدري الشهاوي ص ٢٢٢ .

وهذا النص بعد استثناء من قاعدة عدم تخفيض أجر المهندس المعمارى بعـــد تحديده اتفاقا أو بتقدير القاضى ، لأن القواعد العامة التى ذكرناها سلفا تقضى بأحقية المهندس المعمارى فى أجره ، سواء تم العمل بموجب التصـــميم الذى وضعه المهندس أو عدل رب العمل عن هذا التصميم إلى تصميم آخر أو عدل أصلا عن العمل، ما لم يكن رب العمل قد عدل عن التصميم بسبب عيب فيه أو بسبب عدم تنفيذ التعليمات التى صدرت من رب العمـــل ، وبوجه عام إذا كان السبب فى العدول يرجع إلى خطأ من المهندس .

ولكن النص يجيز تخفيض أجر المهندس إذا لم يتم العمل بموجب التصميم الذى وضعه بغير خطأ منه .

وهذا النص يواجه كافة الحالات التى لا يتم العمل فيها بهذا التصميم، سواء لعدول رب العمل عن العمل ، أو لطروء ما يجعل تنفيذه مستحيلا كما لو نزعت الدولة ملكية الأرض المراد إقامته عليها . فالمهندس لا يحرم مـــن حقه فى تقاضى أجره عن وضع التصميم ، ولكن لا يستحق الأجر المتفق عليه، بل الأجر الذى يحدده القاضى بالنظر إلى الزمن الذى استغرقه المهندس فى وضع التصميم ، مع مراعاة طبيعة هذا العمل من حيث الدقة والصـــعوبة الفنية ، ومراعاة كفاية المهندس وسمعته . وذلك لأن فى إلزام رب العمـــل بدفع أجر عن تصميم لن ينفذ إرهاق له ، ويكفى أن يعوض

المهندس عن الوقت الذى استغرقه فى وضعه ، فضلا عن أن المهندس الذى لم ينفذ تصميمه لم يتعرض للمسئولية التى كان يتعرض لها لو أن تصميمه قد نفذ، ومن ثم وجب عدلا أن ينقص الأجر الذى يتقاضاه فى حالة عدم تنفيذ التصميم عن الأجر الذى يتقاضاه فى حالة تنفيذ التصميم .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف قد جرى على إعطاء المهندس الذى لم ينفذ تصميمه خمسى $\frac{٢}{٥}$ الأتعاب التى كان يأخذها لو أن تصميمه قد نفذ [١].

ولا تعتبر القاعدة التى تقضى بتخفيض أجر المهندس إذا لم يتم العمل بموجب التصميم من النظام العام . فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ومن ثم يجوز للمهندس أن يشترط على رب العمل أن يتقاضى أجره كاملا ، سواء تم العمل بموجب التصميم أو لم يتم بموجبه [٢].

أما إذا لم يتم العمل بموجب التصميم بسبب خطأ المهندس ، كأن كان التصميم معيبا أو غير منطبق على تعليمات رب العمل أو تأخر المهندس فى تقديمه تأخرا لا مبرر له ضارا برب العمل فإن المهندس لا يستحق أى أجر عن التصميم .

---

(١) استئناف مختلط ٣ ديسمبر ١٩٣٧ .

(٢) السنهورى ص ٢٤٤ هامش (٢) .

١٢٥ـ المدين بالأجر :

المدين بأجر المقاول هو رب العمل بالذات الذى تعاقد معه ، حتى لو انتفع بالعمل شخص آخر ، إذا كان أجنبيا عن العقد . كأن يكون رب العمل الذى تعاقد مع المقاول يملك الأرض التى أقيم عليها البناء تحت شرط فاسخ، ثم تحقق الشرط فآلت الأرض إلى المالك تحت شرط واقف ، ففى هذه الحالة يرجع المقاول بأجره على المالك الذى تعاقد معه وهو المالك تحت شرط فاسخ ، ولايرجع مباشرة على المالك تحت شرط واقف الذى آلت إليه ملكية الأرض وإنما يرجع بدعوى غير مباشرة باسم الأول على الثانى . وكأن يكون رب العمل الذى تعاقد مع المقاول هو زوج المالكة للأرض فيرجع المقاول بدعوى غير مباشرة باسم الزوج على الزوجة.

ومثل ذلك أخيرا أن يكون رب العمل الذى تعاقد مع المقاول هو المستأجروقد استرد المالك العين المؤجرة بما عليها من مبان أقامها المستأجر فيرجع المقاول بدعوى غير مباشرة باسم المستأجر على المؤجر [١].

وإذا تعدد أرباب العمل بأن عهد عدة أشخاص إلى المقاول بالقيام بعمل معين لحسابهم المشترك ، فلا تضامن بينهم فى الوفاء بالأجر ، بل ينقسم هذا الدين عليهم ويلتزم كل منهم بالوفاء بجزء من الأجر يقابل

---

(١) السنهورى ص ٢٤٤ وما بعدها — محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٤٤ .

حصــته فى العمل ، فإذا لم تتحدد حصة كل منهم ، انقسم الأجر عليهم بالتساوى وذلك ما لم يقض الاتفاق بتضامنهم [١].

وإذا كــان المهندس المعمارى هو الذى تعاقد مع رب العمل عن كل الأعمال بما فيها أعمال التنفيذ، فعمل مهندسا ومقاولا فى وقت واحد ، ثم اســتخدم مقاولا من الباطن لتنفيذ العمل ، فهذا المقاول يرجع بأجره على المهندس الذى تعاقد معه ، لا على رب العمل ، وإنما يرجع على رب العمــل بدعــوى غير مباشرة باسم المهندس ، كما أن من حقه الرجوع مباشرة على رب العمل، على أساس أنه مقاول من الباطن يرجع مباشرة على رب العمل ، بما لا يجاوز القدر الذى يكون هذا مدينا به للمهندس طبقا لأحكام المادة ٦٦٢ من التقنين المدنى [٢].

وعلى العكس من ذلك إذا كان المقاول هو الذى تعاقد مع رب العمل واستخدم مهندسا، فالمهندس يرجع بأجره على المقاول لا على رب العمل مع الاحتفاظ بحقه فى الدعوى غير المباشرة باسم المقاول قبل رب العمل.

أما إذا كان كل من المهندس والمقاول قد تعاقد مع رب العمل، فلكل مــنهما أن يرجع بأجره على هذا الأخير، حتى لو كان المهندس هو الذى اختار المقاول أو كان المقاول هو الذى اختار المهندس .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٥١٨ .

(٢) الســنهورى ص ٢٤٥ — قدرى الشهاوى ص ٢٢٥ وما بعدها — محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٤٥ .

وإذا عهد شخص إلى مهندس معمارى بوضع تصميم بناء والإشراف علـى تنفـيذه ، وعهـد إلى مقاول بناء بالقيام بعملية البناء ، فلا يجوز للمهندس المعمارى أن يتقاضى أى أجر من المقاول. وإذا تعهد المقاول بأن يدفـع له نسبة معينة من قيمة البناء ، فإن هذا التعهد يكون باطلا ، لأنه يتنافى مع واجبات المهندس الأولية ، ويؤدى إلى تناسيه لالتزامه بالإشراف على المقاول .

وقد نصت المادة الثانية من لائحة مزاولة مهنة الهندسة المعمارية وتقدير الأتعـاب والمسـابقات التى وضعتها شعبة الهندسة المعمارية بنقابة المهن الهندسـية ، على أنه يجب على المهندس المعمارى عند تنفيذ تفويضه أن يحمـى حقوق المالك الشرعية على أن يكون مستقلا تماما عن الموردين والمقـاولين ولايقبل فهم أى عمولة أو امتيازات من أى نوع، بل تكون أتعابه من المالك وحده .

ولما كـان عقد المقاولة لا ينتهى بموت رب العمل ، فإنه إذا مات رب العمل انتقل الالتزام بدفع أجر المقاول إلى ورثته فى حدود التركة ، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون .

ويجـوز أن يوفى بالأجر، المدين نفسه (رب العمل) أو نائبه القانونى كالولى أو الوصى أوالقيم أونائبه الاتفاقى أى الوكيل بشرط وجود وكالة خاصـة فى دفـع الأجر باعتبار دفع الأجر من أعمال التصرف (م٧٠٢ مدنى).

١٢٦. الدائن بالأجر :

الدائن بالأجر المقاول الذى تعاقد مع رب العمل ، ومن ثم يدفع الأجر إليه. فإذا توفى استحق الأجر لورثته .

ويحل محل المقاول فى تقاضى الأجر خلفه الخاص كالمحال إليه ، إذا حول حقه فى الأجر إلى الغير ، إذ يجب وفاؤه إلى المحال له .

وإذا تعدد المقاولون، لم يكونوا دائنين متضامنين بأجورهم ، بل ينفرد كل منهم بأجره الخاص به ، ولا شأن له بأجور المقاولين الآخرين. ما لم يوجد اتفاق مع رب العمل على غير ذلك .

وإذا كان الأصل هو وفاء الأجر إلى المقاول الذى قام بالعمل ، وأنه لا يجوز لدائنى هذا المقاول أن يطالبوا رب العمل بدفع هذا الأجر إليه إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة، وهى دعوى مدينهم المقاول، فيطالبون بالأجر نيابة عنه (م ٣٣٥، ٢٣٦).

إلا أن المشرع خرج عن هذا الأصل فى الفقرة الأولى من المادة ٦٦٢ مدنى ونص على أن يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذى يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لايجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأصلى من وقت رفع الدعوى. ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلى ورب العمل .

(أنظر فى التفصيل بنود ١٥٧ وما بعده) .

١٢٧ـ زمان دفع الأجر :

تنص المادة ٦٥٦ مدنى على أن :"يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك " .

فإذا اتفق المتعاقدان على وقت الوفاء بأجر المقاول ، تعين الوفاء بالأجر فى الميعاد المتفق عليه ، وقد يكون هذا الميعاد قبل تسليم العمل أو بعده .

وقد جرى العمل على الاتفاق على دفع جزء من الأجر مقدما ، ودفع الباقى على أقساط يؤدى كل قسط منها بعد انتهاء فترة معينة من الزمن ، أو بعد إتمام جزء معين من العمل .

إنما لا يجبر رب العمل على دفع الأجر أو جزء منه مقدما إلا إذا وجد اتفاق على ذلك .

أمـــا إذا لم يوجد اتفاق على وقت الوفاء بالأجر فإنه يلجأ إلى عرف أهل الصنعة إن وجد .

ويجـــرى العرف فى المقاولات الصغيرة أن يكون دفع الأجر عند تسلم العمل ، وفى المقاولات الكبيرة أن يكون الدفع على أقساط بحسب ما يتم إنجازه من العمل .

أما إذا لم يوجد اتفاق أو عرف ،فإن الأجر يستحق عند تسلم العمل. ويقصد بذلك إقرار رب العمل بصحة ماقام به المقاول ومطابقته للمواصفات المتفق عليها ولو لم يضع يده على العمل فعلا (١).

(١) محمد لبيب شنب ص ١٥٥ .

ويعتـــبر نص الفقرة الأولى من المادة ٦٥٦ استثناء من القواعد العامة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة ٣٤٦ مدنى التى تجرى على أن : " يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين، ما لم يوجــد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك" أى أن هذه القواعد توجب دفع الأجر مقدما ، إلا أن المشرع توقع أن يرد استثناء على هذه القاعدة فأورد عــبارة " مــا لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " فى عجز الفقرة الأولى من المادة سالفة الذكر .

غير أن شرط التزام رب العمل بوفاء الأجر فعلا، هو أن يكون المقاول قد وفى بالتزاماته الحالة والمرتبط بهــا دفع الأجر، فإذا كان المقاول لم يقم بتنفيذ التزام من التزاماته الناشئة عن عقد المقاولةس، كأن كان العمل غير مطــابق للمواصفات والشروط المتفق عليها ولأصول الفن لهذا النوع من العمل، كان لرب العمل الامتناع عن التسلم ودفع الأجر .

ولذلك إذا كان مشترطا دفع الأجر أو جزء منه بعد إنجاز مرحلة معينة من العمل ، فلرب العمل أن يمتنع عن الدفع إذا كان المقاول لم ينجز هذه المرحلة .

وكانت الفقرة الثانية من المادة (٨٧٢) من المشروع التمهيدى " التى أصــبحت بــرقم ٦٥٦" تنص على ذلك بقولها : " على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ما ورد فى العقد من

شـــروط أو ما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل " . إلا أن هذه الفقرة حذفت فى لجنة المراجعة " اكتفاء بالقواعد العامة " [١] ، فالقواعد العامة تقضى بأن دفع الأجر التزام فى ذمة رب العمل يقابله التزام المقاول بإنجاز العمل على الوجه الواجب فإذا لم يقم المقاول بتنفيذ التزامه بإنجاز العمـــل عـــلى الوجه الواجب جاز لرب العمل أن يقف هو أيضا التزامه بدفع الأجر. وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد (م١٦١ مدنى) .

وإذا حـــبس رب العمل الأجر فإن الالتزام بدفعه يظل قائما فى ذمته حتى يسقط بالتقادم .

وقد نص على تقادم خاص بالنسبة لبعض المقاولين، أما بالنسبة لغيرهم فـــلا يسقط الأجر إلا بالتقادم الطويل (خمسة عشر عاما) طبقا للقواعد العامة .

وقد نصت على هذا التقادم الخاص المادتان ٣٧٦، ٣٧٨ مدنى .

فقـــد نصـــت المادة ٣٧٦ على أن : " تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطـــباء والصـــيادلة والمحـــامين والمهندســـين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات".

ونصت المادة ٣٧٨ على أن :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٣٣ وما بعدها .

" ١ - تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية :

(أ) حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في هــذه الأشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم " .

١٢٨ـ مكان الوفاء بالأجر :

لم يضــع المشرع نصا خاصا يعين المكان الذى يجب فيه الوفاء بأجر المقاول. ومن ثم فإنه يتبع فى هذا الشأن حكم القواعد العامة .

وتقضى القواعد العامة بأن يكون الوفاء فى المكان المتفق عليه ، فإذا لم يوجد اتفاق يتم الوفاء فى المكان الذى يحدده العرف . وقد جرى العرف على الوفاء بالأجر فى المكان الذى يقوم فيه المقاول بتسليم العمل إلى رب العمل .

فــإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف وجب تطبيق المادة ٣٤٧ مدنى والتى تقضى بأن :

"١- إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه فى المكان الــذى كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

٢- أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطـــن المديـــن وقت الوفاء، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال " .

وعـــلى ذلك إذا كان الأجر شيئا معينا بالذات كان الوفاء فى مكان وجـــود ذات الشـــئ وقـــت إبرام عقد المقاولة . أما إذا كان الأجر من المثلـــيات كالنقود – وهو الفرض الغالب- فالوفاء يكون فى موطن رب العمل أو فى مركز أعماله طالما كانت المقاولة متعلقة الأعمال .

أمـــا إذا كـــان مكان دفع الأجر هو موطن رب العمل ، و غير هذا الأخـــير موطـــنه بعد إبرام عقد المقاولة ، فتكون مكان الدفع هو موطنه وقـــت دفع الأجر لا الموطن السابق الذى كان له وقت انعقاد المقاولة إذ نـــص المادة ٢/٣٤٧ مدنى يقضى بأن : " **يكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ....** " .

وإذا اتفـــق على أن يكون الوفاء فى موطن المقاول جرى العمل بهـــذا الاتفـــاق ، فـــإذا غير المقاول موطنه لم يلتزم رب العمل بدفع الأجر فى الموطـــن الجديـــد، ذلك لأن اشتراط الدفع فى موطن المقاول استثناء من القواعـــد العامة والاستثناء لا يتوسع فيه . وإذا أراد المتعاقدان أن يكون الدفع فى موطن المقاول ولو تغير فعليهما أن ينصا على ذلك .

وإذا تعين مكان دفع الأجر على النحو السابق ، فلا يجوز لرب العمل الدفع فى مكان آخر إلا إذا اقتضى الأمر ذلك كأن حجز مثلا دائن للمقاول على الأجر تحت يد رب العمل فيجوز لهذا الأخير فى هذه الحالة أن يودع الأجر خزانة المحكمة [1].

ضمانات الوفاء بالأجر

١٢٩ـ أولا : التنفيذ العينى أو الفسخ :

إذا أخل رب العمل بالتزامه بالوفاء بالأجر إلى المقاول، فيكون للمقاول المطالبة بما تقضى به القواعد العامة من جزاء فله طلب التنفيذ العينى برفع دعوى مطالبة بالأجر، أو باستصدار أمر أداء بالأجر — إذا توافرت شروط استصدار أوامر الأداء— وله المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة إخلال رب العمل بأحد التزاماته .

وله المطالبة بفوائد عن الأجر المستحق له من تاريخ المطالبة القضائية.

وينفذ المقاول الحكم الصادر له على جميع أموال رب العمل ويدخل فيها العمل الذى أنجزه من بناء أو منشآت أو غير ذلك .

ويجوز للمقاول أن يطلب فسخ عقد المقاولة والتعويض إن كان له مقتض. ويخضع القضاء بالفسخ لتقدير القاضى ، فله ألا يقضى بالفسخ وأن يمهل رب العمل حتى يقوم بالوفاء بالأجر ، إذا رأى أن الأجر المتبقى غير كبير

---

(١) السنهورى ص ٢٥٤ .

أو أن التعويض الذى يقضى به على رب العمل إذا حكم بالفسخ مبلغا جسيما لا تبرره الظروف.

١٣٠ـ ثانيا : الحق فى الحبس :

تنص القواعد العامة على الحق فى الحبس فى الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ مدنى بقولها : " لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا ". وقد طبق المشرع حق الحبس تطبيقا خاصا فى صورة دفع بعدم تنفيذ العقد فى العقود الملزمة للجانبين ، فنصت المادة ١٦١ مدنى على أن: " فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به " .

ومن ثم يكون للمقاول الحق فى حبس العمل الذى قام به وعدم تسليمه إلى رب العمل، إذا امتنع هذا الأخير عن الوفاء بالأجر المتفق عليه، أو لم يعرض دفعه ، طالما هذا الأجر مستحق الوفاء فى الوقت الواجب تسليم العمل فيه .

ويظل للمقاول الحق فى الحبس حتى يقوم رب العمل بدفع هذا الأجر، أو يقدم تأمينا كافيا للوفاء به .

وكانت المادة (٩٠٢) من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على حق المقاول فى الحبس وتقصره على المنقول إذ جرى نصها على أن : "إذا كان العمل متعلقا بمنقول ، و لم يحدد أجل لدفع الأجر ، جاز للمقاول أن يحبس هذا المنقول وغيره من الأشياء التى يكون رب العمل قد سلمها إليه لإجراء العمل ، وذلك إلى أن يستوفى أجره " . إلا أن هذا النص حذف فى لجـــنة المراجعة " اكتفاء بالقواعد العامة فى حق الحبس "[1] والقواعد العامة تقضى بثبوت الحق فى الحبس على المنقول والعقار ، ومن ثم يسرى حق المقاول فى الحبس على العقارات .

ولايـــرد حـــق الحبس على الشئ نفسه فحسب ، بل يقع أيضا على المـــلحقات التى يضعها رب العمل تحت تصرف المقاول لتسهيل عمله[2]، كـــالآلات والمهمات التى تسلمها منه ، ورخصة البناء ومستندات ملكية الأرض.وللمهندس أن يحبس ما حصل عليه من رخص باسم رب العمل[3].

ويجوز استعمال حق الحبس من أجل جزء من الثمن على كل الأشياء المصـــنوعة أو التى سلمها رب العمل إلى المقاول . ولكن إذا كان العمل مقســـما إلى أجـــزاء يستحق المقاول أجرا عن كل جزء منه فإن الحق فى الحبس لا يقع إلا على الأجزاء التى لم يدفع الأجر الذى يقابلها [4].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٤٧ الهامش وما بعدها .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٥٢٨ .

(٣) السنهورى ص ٢٥٧ هامش (٣) .

(٤) محمد كامل مرسى ص ٥٢٨ .

ثالثا: حق الامتياز :

١٣١ـ النصوص القانونية :

المادة ١١٤٠ (مدنى) :

"١- المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزمله من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله .

٢- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها " .

المادة ١١٤٨ (مدنى) :

"١- المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم فى تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو فى إعادة تشييدها أو فى ترميمها أو فى صيانتها يكون لها امتياز على هذه المنشآت ، ولكن بقدر ما يكون زائدا بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه .

٢- ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد" .

أولاً : امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين

١٣٢ـ حكمة الامتياز :

الحكمـــة من هذا الامتياز أن المقاول أو المهندس قد أضاف إلى ثروة رب العمل قيمة ، فمن العدل أن يستوفى منها حقه قبل غيره .

١٣٣ـ تعيين الدين الممتاز :

يضـــمن هذا الامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين لتشـــييد أبنـــية أو منشـــآت أخرى أو ترميمها أو صيانتها . فهو يشمل مصـــروفات البـــناء كما يشمل مصروفات الترميم والصيانة . وقد كان القانون الملغى يقرر الامتياز لهذه المصروفات الأخيرة دون الأولى (م٦٠٣/ ٧٢٩ فقرة ٣) .

وظاهـــر من عبارة المادة (١١٤٨) مدنى أنهـــا تقصر هذا الامتياز من ناحيـــتين : ناحية الأشخاص الذين يثبت لهم الامتياز، وناحية المبالغ التى تكون ممتازة .

فمن الناحية الأولى : قصرته المادة على المقاولين والمهندسين المعماريين دون غيرهـــم ، فـــلا بد أن يكون الدائن إما مقاولا أو مهندسا معماريا، وعـــلى ذلك إذا استحق عامل مبلغا نظير قيامه بنفس ما يقوم به المهندس فـــإن هـــذا المبلغ لا يضمنه هذا الامتياز وإن كان من الممكن أن يضمنه

امتــياز الأجراء . وكذلك الأمر بالنسبة لحائز العقار أو مستأجره حيث يقوم هو بإعادة التشييد أو الترميم أو الصيانة، وبالنسبة للفضولي[1].

غـــير أنه ليس معنى ذلك أنه يشترط أن يكون المقاول أو المهندس قد عهـــد إليه بهذه الأعمال من المالك نفسه ، بل يجوز أن يعهد إليه بها من مســـتأجر العقار أو من الدائن مرتهن العقار رهنا حيازيا ، فيكفي ذلك ليثبت للمقاول أو المهندس حق الامتياز .

ولايفيد المقاول من الباطن من هذا الامتياز ، إلا في حدود التي يكون فيها هذا الأخير دائنا لرب العمل وذلك للدعوى المباشرة المقررة للمقاول مـــن الباطن قبل رب العمل (م٦٦٢ مدني) ، إذ نصت الفقرة الأولى من هـــذه المادة على أن يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحســـاب المقاول في تنفيذ العمل ، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوزالقدرالذى يكون مدينابهللمقاول الأصليوقترفع لدعوى،ويكون لعمـــال المقـــاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل " [2].

---

(١) الدكتور أحمد سلامة دروس في التأمينات المدنية- مكتبة عين شمس ص ٤٥٥- الدكتور سمير تناغو التأمينات العينية سنة ٢٠٠٠ ص ٣٥٢ وما بعدها .

(٢) سمـــير تـــناغو ص ٣٥٣- أحمـــد سلامه ص ٤٥٦- وعكس ذلك الدكتور سليمان مرقس التأمينات العينية الطبعة الثانية ١٩٥٩، الدكتور عبد الفتاح عبد الـــباقي الوسيط في التأمينات العينية ١٩٥٤ ص ٤١٩ هامش (١) — فيذهب=

ومن الناحية الثانية : فإن المادة قصرت هذا الامتياز على نفقات التشييد والترميم والصيانة المتعلقة بأبنية أو بمنشآت مما يرد عليه التشييد كالقناطر والآبار والطرق ، فلا يضمن نفقات إصلاح الأراضى الزراعية أو تجفيف البرك . أما إذا لم يصل الأمر إلى حد التشييد أو الترميم أو الصيانة فإن الامتياز لا يثبت . وترتيبا على ذلك فإن أية مبالغ أخرى تستحق للمقاول أو المهندس المعمارى بسبب آخر غير هذه الأعمال فإن الامتياز لا يضمنها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

" الحق الممتاز: المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين لتشييد أبنية أو منشآت أخرى أو ترميمها أو صيانتها . فيزيد المشروع على التقنين الحالى مصروفات البناء ويتلافى بذلك نقصا معروفا فى التقنين الحالى " [1].

-الدكتور سليمان مرقس إلا أن النص لا ينطبق على المقاول من الباطن لأن المشرع نص فى المادة ٦٦٢ مدنى على تخويل المقاول من الباطن حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى ، وقرر للمقاول من الباطن فى حالة توقيع الحجز تحت يد رب العمل امتيازا على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى . ولم يكن ثمة محل لتقرير هذا الامتياز الأخير- وهو امتياز مقرر على منقول- لو أن المشرع قصد أن يشمل الامتياز المقرر فى المادة (١١٤٨) المبالغ المستحقة للمقاولين من الباطن .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء السابع ص ٣٢٨ .

١٣٤ـ محل الامتياز :

بعـــد أن نصت الفقرة الأولى من المادة (١١٤٨) على أن هذا الامتياز يثبـــت عـــلى المنشآت ، تحفظت وقالت : " ولكن بقدر ما يكون زائدا بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه " .

ويستفاد من هذا النص أن محل الامتياز هو البناء أو المنشأة التى شيدت أو رممت أو تمت صيانتها . ومن ثم لا يرد الامتياز على الأرض التى يقام عليها المبنى . فلو أن المبنى تهدم فإنه لا يكون للدائن أن يباشر امتيازه على هذه الأرض . وإنما يمكن أن يباشره على المال الذى يحل محل المبنى كعوض التأمين أو التعويض الذى يدفعه من يكون قد تسبب بخطئه فى تهدم البناء.

ويحمل الامتياز المبنى كله ، ولكن الدائن لايباشر امتيازه إلا على المبلغ الـــذى يساوى الزيادة فى قيمة العقار بسبب أعمال المهندس أو المقاول. وتتحدد هذه الزيادة بالنظر إلى قيمة العقار وقت بيعه وفى حدود ما يبقى قائمـــا من هذه الزيادة . فإذا كان ثمن الأرض ١٠٫٠٠٠ جنيه وكانت مصروفات المبانى ٢٠٫٠٠٠ جنيه وكان العقار كله يقدر وقت تمام البناء بمـــبلغ ٣٥٫٠٠٠ ثم بيع بعد عشر سنوات بخمسة وعشرين ألفا وكانت قـــيمة الأرض وقـــت البيع تساوى خمسة عشر ألفا فإن امتياز المقاول أو المهـــندس لا يقـــع إلا على عشرة آلاف وهى قيمة المبانى وقت البيع من الزيادة التى حصلت بسبب البناء، وإذا زادت قيمة العقار بسبب أجنبى عن

الأعمـــال الـــتى قام بها المقاول أو المهندس كإنشاء ميدان فسيح أو خط رئيســـى للمواصلات ، فإن هذه الزيادة لا تدخل فى حساب ما يرد عليه هـــذا الامتياز لأنهـــا ليست ناشئة بسبب ما قام به المقاول أوالمهندس من أعمـــال أى أن زيادة القيمة التى نتجت من هذه الأعمال وقت إجرائها تعتـــبر حدا أقصى لما يرد عليه الامتياز لأن الامتياز لا يرد إلا على الباقى منها وقت بيع العقار .

ومـــتى عـــين قدر الزيادة الذى يعتبر محلا للامتياز ، فإنه يظل بجملته ضـــامنا كـــل جزء من دين المهندس أو المقاول عملا بقاعدة عدم تجزئة الرهن ، ولو وفى المالك الجزء الأكبر من الدين و لم يبق إلا القليل منه .

ويلاحظ أن قصر امتياز المقاول أو المهندس على قيمة الزيادة لا يظهر إلا عند توزيع الثمن . أما قبل ذلك فيعتبر الامتياز كأنه وارد على العقار كله سواء كان ذلك من حيث شهره أو من حيث مباشرة إجراءات نزع الملكية [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" محـــل الامتـــياز: مازاد فى قيمة العقار بسبب هذه الأعمال ، وبقى قائما إلى وقت بيع العقار . بخلاف امتياز مصروفات الصيانة فى المنقول ، فالامتـــياز يقع على كل المنقول لا على مازاد فيه بسبب هذه المصروفات وقد تقدم ذكر ذلك " [2].

---

(١) سليمان مرقس ص ٦٣٦ — عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٢٠ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء السابع ص ٣٢٩ .

١٣٥ـ شهر الامتياز :

نصت الفقرة الثانية من المادة ١١٤٨ مدنى على أنه :

" ويجب أن يقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته من وقت القيد " .

ويكون قيد الامتياز بموجب قائمة كقائمة الرهن أو الاختصاص، يبين فيها مقدار الدين الممتاز ، ويرفق بها ما يؤيده من مستندات كعقد محاسبة أو إقرار من المدين أو حكم قضائى .

ويجب أن تكون هذه المستندات مصدقا فيها على توقيع المدين[1] .

ولايكـــون للقيد أثر إلا إذا كان متخذا ضد مالك العقار الأصلى أو مالك الأرض التى أقيمت عليها المنشآت وبموجب محاسبة أو إقرار صادر منه أو حكم قضائى صادر ضده . أما إذا كان مشترى العقار لم يسجل عقده وعهد مع ذلك إلى مقاول فى إنشاء عمارة على هذه الأرض ، فلا يستطيع المقاول أن يقيد امتيازه ضد المشترى ولو كان عقد المقاولة الذى أبرمه معه عقدا رسميا طالما أن عقد شراء الأرض لم يسجل. وهو كذلك لايســـتيطع أن يقـــيد امتيازه ضد المالك البائع لأن عقد المقاولة المبرم مع المشـــترى لـــيس ملزما لذلك المالك فيتعين حينئذ أن يقوم المقاول نفسه بإجراءات تسجيل عقد الشراء حتى يتمكن بعدئذ من قيد امتيازه ، أو أن يـــرفع الدعوى على البائع والمشترى لإلزام الأخير بتكاليف البناء وإلزام

---

(١) الدكـــتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء العاشر سنة ١٩٧٠ ص ١٠٠٤ — سليمان مرقس ص ٦٣٦ .

الأول بجـــزء من هذه التكاليف يقابل زيادة القيمة التى حدثت فى العقار بفعل المقاول ثم يقيد امتيازه بما يحكم له به على المالك (١).

١٣٦ـ مرتبة الامتياز :

يثبـــت لهذا الامتياز مرتبته من يوم قيده (م١١٤٨/٢) مدنى ، فإذا لم يقيد الامتياز فلن تكون له مرتبة ، إذ لا يحتج به على الغير إلا إذا كان قد قيد .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

" مرتبة الامتياز: يجب قيد الامتياز وتتحدد المرتبة من وقت القيد " (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الامتـــياز المقـــرر فى المادة ١١٤٨ من القانون المدنى للمقاولين على المنشـــآت التى عهد إليهم فى تشييدها نظير المبالغ المستحقة لهم لا يسرى على الغير إلا إذا أشهر بالقيد " .

(طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٩)

فإذا تزاحم هذا الامتياز مع أى حق عينى على العقار ذاته قدم الأسبق مـــنهما فى تاريخ شهره . بين أن المادة ١٠٣٦ مدنى أوردت استثناء على هـــذه القـــاعدة لمصلحة المقاول والمهندس المعمارى ، إذ نصت على أن امـــتداد الـــرهن لملحقات العقار المرهون لا يخل بامتياز المبالغ المستحقة

---

(١) سليمان مرقس ص ٦٣٧.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٧ ص ٣٢٩ .

للمقاولين أو المهندسين المعماريين. ووفق هذا النص يتقدم المهندس أو المقاول فى استيفاء مستحقاته على المرتهن بالرغم من أن الأول قد قيد امتيازه فى تاريخ لاحق على تاريخ قيد الرهن .

وعلى ذلك تكون الأولوية للامتياز ، ولو أن الرهن أسبق فى تاريخ القيد [١].

ويشترط لكى يفيد المهندس أو المقاول من هذا الحكم أن يكون قد قام بأعماله على عقار سبق رهنه ، إذ لو قام بهذه الأعمال على عقار لم يرهن بعد وتلكأ فى قيد امتيازه حتى رهن العقار وقيد الرهن فإن هذا الاستثناء من قاعدة أسبقية القيد لايقوم [٢].

ومع أن هذا القيد قد ورد فى صيغة مطلقة تشمل المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين عن التحسينات والإنشاءات التى قاموا بها سواء قبل الرهن أو بعده ، فإنه يتعين تحديد مداه بالرجوع إلى الحكمة التى أملته. إن المهندس أو المقاول الذى يقوم بمنشآت فى عقار مرهون لا تكون لديه وسيلة لأن يسبق بامتيازه الرهن ، فيحمله ذلك على الامتناع عن إقامة المنشآت فى العقارات المرهونة ، فأراد المشرع تشجيعه على إقامة هذه المنشآت بأن قرر عدم امتداد الرهن السابق إليها . أما المقاول أو المهندس

---

(١) السنهورى ص ١٠٠٤ — سليمان مرقس ص ٦٣٧.

(٢) أحمد سلامه ص ٤٥٧ .

الـــذى يقـــيم منشآت فى عقار خال من الرهن، فليس فى حاجة إلى هذه الحمايـــة الاستثنائية لأنه يملك قيد امتيازه قبل الرهن ويعتبر مقصرا إذا لم يفعل ذلك فلا يمكن أن يكون المشرع قد قصد حمايته بالتحفظ الوارد فى المـــادة ١٠٣٦ مـــدنى . وبناء على ذلك نفرق بين ما يقيمه المهندس أو المقاول من منشآت فى عقار خال من الرهن وما يقيمه فى عقار مرهون ، ففـــيما يتعلق بالأولى يكون التقدم بين الرهن والامتياز للأسبق منهما فى تـــاريخ قيده وذلك تطبيقا للقاعدة العامة . أما فيما يتعلق بالثانية فتكون الأولوية للامتياز ولو أن الرهن أسبق فى تاريخ القيد ، وذلك وفقا للتحفظ الوارد فى المادة ١٠٣٦ مدنى [١].

ثانيا : امتياز حفظ المنقول وترميمه

١٣٧ـ حكمة الامتياز :

تنص على هذا الامتياز المادة ١٤٤٠ مدنى سالفة الذكر . وهذه المادة تعطـــى المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزمه من ترميم ، حق الامتياز على المنقول ذاته .

وتقدير هذا الامتياز يقوم على أبسط قواعد العدالة ، فلولا المصروفات التى أنفقت لهلك الشئ أو تلف ، وزال من ذمة المدين ، أو بالأقل هبطت قيمته هبوطا كثيرا ، وعلى ذلك يكون من العدل إعطاء من أنفقها أولوية فى استيفاء ما أنفقه من ثمن الشئ [٢].

---

(١) سليمان مرقس ص ٦٣٨ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٢١ .

(٢) سمير تناغو ص ٣١٢– عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٥٥.

وهذا الاعتبار يقوم بالنسبة للعقار والمنقول على السواء . ولذلك ينتقد الفقـــه فى فرنســـا المشرع الفرنسى لقصره هذا الامتياز على مصروفات حفـــظ المنقول دون العقار . وقد تفادى المشرع المصرى هذا النقد عند وضـــعه التقنين المدنى القديم إذ نص فى المادة (٧٢٩/٦٠٣ فقرة ٣) منه عـــلى أن : " المـــبالغ المستحقة فى مقابلة ما صرف **لصيانة الشئ** تكون مقدمة على جميع ما عداها من الديون ... " فأصبح الامتياز يشمل العقار والمنقول على السواء ، إلا أن المشرع مالبث أن عدل عن ذلك فى التقنين المدنى الجديد و قصر الامتياز على المنقول. والظاهر أنه قصر هذا الامتياز على نفقات حفظ وترميم المنقول فحسب اكتفاء منه فيما يتعلق بنفقات حفظ العقار وترميمه،بتقرير امتيازللمقاولين والمهندسين المعماريين تأمينا للمبالغ المستحقةلهم عن ترميم المبانى وصيانتها (م١١٤٨)، والذى تناولناه بالشرح سلفا ، إلا أن هذا الامتياز لا يستفيد منه غير المقاولين والمهندسين المعمـــاريين فنطاق تطبيقه محدود من حيث الأشخاص ، فلا يمتد إلى من يكلف هؤلاء بالقيام بهـــذه الأعمال ويدفع لهم أجر من ماله الخاص. ومع ذلـــك فامتـــياز المقـــاولين والمهندسين المعماريين أوسع نطاقا من حيث الأعمال التى أنفقت الأموال فيها، من حيث حفظ المنقول وترميمه، كما سنرى [١].

---

(١) سمير تناغو ص ٣١٢ — أحمد سلامه ص ٤٢٥ .

١٣٨ـ الحق الممتاز :

الحـــق الممتاز هو حق من أنفق مصروفات لحفظ المنقول أو ترميمه . وينبغى أن تكون هذه المصروفات قد أنفقت فى حفظ المنقول أو ترميمه . أمـــا إذا أنفقت فى تحسين المنقول وتجميله بما يرفع قيمته فلا يضمنها هذا الامتياز . ومعيار التفرقة بين مصروفات الحفظ ومصروفات التحسين أن الأولى كـــان يهلك المنقول بدون إنفاقها . وعلى عكس ذلك فإن امتياز المهـــندس والمقاول بالنسبة للمبانى والمنشآت يمتد إلى مصروفات التحسين جميعا .

والمنقول الذى تنفق هذه المصروفات فى حفظه قد يكون ماديا أو معنويا، وقد يكون حيا أو جمادا . ومن أمثلة مصروفات الحفظ أو الصيانة أجرة إصلاح الساعة وإصلاح السيارة وتكاليف علف الحيوان وأتعاب البيطار ومصـــروفات الحـــارس مقابل إدارته الأموال المسلمة إليه ، ومصروفات حفظ المحل التجارى ومصروفات قطع التقادم [1].

وقـــد تـــدق معرفة ما إذا كان قد ترتب على المصروفات التى أنفقت على المنقول حفظه أو صيانته ، فتقع ممتازة ، وما إذا كان لم يترتب عليها ذلـــك، فلا يثبت لها الامتياز . والمسألة متروكة لتقدير قاضى الموضوع، يفصـــل فـــيها على حســـب النتيجة التى أدى إليها إنفاق المصروفات .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٥٦ — سمير تناغو ص ٣١٣ .

والقاضـــى فى تقديـــره هذا لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، لأن المسألة مردها إلى تقدير القاضى .

وتطبـــيقا للقواعـــد العامة ، يجب على من يدعى أنه يفيد من امتياز مصـــروفات حفظ المنقول وصيانته ، أن يقيم الدليل على أن المبلغ الذى يحـــولـــه قد صرف على الشئ ، وأن يثبت رابطة السببية بين إنفاق هذا المبلغ وبين حفظ المنقول من التلف أو الهلاك[١] .

ولايشـــترط أن تكون المصروفات قد أنفقت بقصد حفظ المنقول أو ترميمه ، بل يكفى أن تكون قد أدت فعلا إلى الحفظ والترميم .

ولا يدخل فى هذه المصروفات مبلغ التأمين ولا الرسوم الجمركية ولا أجـــر الـــنقل من مكان إلى آخر ، ولا مصاريف الجراج، ولا ثمن الزيت والبنزين [٢].

وإذا أنفقـــت عـــلى المنقول مصروفات ترتب على بعضها حفظه أو إصلاحه دون البعض الآخر ، ثبت الامتياز فقط ضمانا للبعض الأول من المصروفات [٣].

١٣٩ـ محل الامتياز :

يقـــع هذا الامتياز على كل المنقول الذى حفظ أو رمم أيا كان نوع المـــنقول ماديا كان أو معنويا ، لا على مازاد فيه بسبب الحفظ والترميم

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٥٦ وما بعدها .

(٢) السنهورى ص ٩٥٤ .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٥٨ .

فحسب ، وهذا ظاهر من نص المادة ١١٤٠ فقرة أولى إذ تقول أن امتياز هذه المبالغ يكون على المنقول كله .

ويشترط فى بقاء هذا الامتياز على المنقول الذى تم حفظه وترميمه أن يظل هذا المنقول محتفظا بذاتيته ، قياسا على امتياز بائع المنقول المنصوص عليه فى المادة ١١٤٥ مدنى ، لأن مبنى الامتياز فى الحالتين واحد. فإذا فقد المنقول ذاتيته بأن تغيرت حاله تغيرا ماديا أو ضاعت معالمه الأصلية تماما أو بأن أدمج فى عقار فصار عقارا بطبيعته ، فإن الامتياز ينحسر عنه . أما إذا تغيرت حاله دون أن يفقد ذاتيته أو إذا صار عقارا بالتخصيص فإن ذلك لا يؤثر فى ورود الامتياز عليه . غير أنه إذا كان العقار الذى خصص المنقول لخدمته مرهونا فإن المنقول يدخل فى الرهن ويكون حق المرتهن عليه إذا كان حسن النية مقدما على حق الدائن بنفقات الحفظ والترميم[1].

١٤٠ـ مرتبة الامتياز :

هذا الامتياز متقدم فهو فى المرتبة الثالثة بعد امتياز المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة .

وإذا تعددت مصروفات الحفظ والترميم وتزاحمت فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب التاريخ العكسى لتواريخ إنفاقها ، فما صرف آخرا يقدم فى الترتيب على ما صرف قبله . والحكمة من ذلك هو أن من

---

(١) سليمان مرقس ص ٥٤٦ وما بعدها ـ السنهورى ص ٩٥٥ .

أنفق آخر المصروفات هو الذى حفظ المنقول من الهلاك لمصلحة مالكه. كما أن فى ذلك تشجيع لمن ينفق آخر المصروفات فى أن يقوم بحفظ المنقول ، إذ لو كان حقه يتأخر على ما أنفق أولا أو يتساوى معه لتردد فى القيام بحفظ المنقول إذا كان ما أنفق عليه من قبل يستغرق قيمته [١].

١٤١ـ حق الحبس وحق التتبع:

حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول هى كقاعدة عامة تأمينات عينية على منقول بدون حيازة ، ولذلك يتعرض صاحبها دائما لخطر انتقال حيازتها إلى شخص حسن النية لا يمكن الاحتجاج فى مواجهته بحق الامتياز على المنقول . ومع ذلك فإنه بالنسبة لمن أنفق مصروفات حفظ وصيانة لمنقول حق حبسه حتى يستوفى ما يستحقله طبقا للمادة ٢٤٦ مدنى التى تجرى على أن : " ١- لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا.

٢- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرزه ، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع " .

---

(١) سمير تناغو ص ٣١٥ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٦٠ .

أما إذا لم يكن المنقول فى حيازة الدائن الذى قام بحفظه أو ترميمه أو كـــان فيها ثم خرج منها برضا ذلك الدائن ، فلا يكون للأخير الحق فى حبســـه ، ولكن ذلك لا يفقده حقه فى الامتياز عليه إذا أن هذا الامتياز لـــيس مبنـــيا على الحيازة أو على حق الحبس (م٢٤٧/١ مدنى) وإنما هو مقرر بصفة مستقلة وبنص خاص (م١١٤٠ مدنى) ، فيكون لهذا الدائن أن يســـتعمل امتـــيازه عـــلى المنقول فى يد مالكه المدين بنفقات الحفظ والترميم بل إن هذا الامتياز يخوله أن يتتبع المنقول فى أن يد يكون بشرط ألا يصطدم بمن يتمسك قبله بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية .

وبناء على ذلك إذ أصلح ميكانيكى سيارة فى حيازة مالكها ، جاز له أن يبـــيعها عـــلى مالكها المذكور وفاء لمبالغ الإصلاح وأن يستوفى هذا المقـــابل من ثمنها قبل غيره من الدائنين عدا الدائنين الممتازين بمصروفات قضائية والخزانة العامة . فإذا كان ذلك المالك قد تصرف فى السيارة إلى آخـــر وســـلمها إليه ، فإن كان المتصرف إليه عالما بوجود دين الحفظ والترمـــيم اعتـــبر سيئ النية بالنسبة إلى صاحب هذا الدين و لم يجز له أن يتمسك قبله بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية وتعين عليه إما أن يترك ذلك الدائن ينفذ على السيارة وإما أن يودع ثمنها ليستوفى منه ذلك الدائن حقـــه . أمـــا إن كان المتصرف إليه يجهل دين الحفظ والترميم فيجوزله التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية فيحد ذلك من حق الدائن .

فى تتـــبع السيارة . غير أنه إذا كان المتصرف إليه فى هذه الحالة لم يدفع الثمن إلى المتصرف ، فإن امتياز الدائن يرد على هذا الثمن [1].

(١) سليمان مرقس ص ٥٤٨ وما بعدها .

موضوع رقم (٦)

(المقاولة من الباطن)

(Sous-Entreprise)

١٤٢ـ تعريف المقاول من الباطن :

المقــاول من الباطن هو من يعهد إليه المقاول الأصلى بتنفيذ كل أو جــزء من الصفقة التى أبرمها هذا الأخير مع رب العمل وذلك بمقتضى عقــد المقاولة من الباطن وهو عقد يجب أن تتوافر له كافة خصائص عقد المقاولــة التى سبق ذكرها (راجع بند ٢) والتى من أهمها استقلال المقاول مــن الباطن ، فى تنفيذ ما عهد إليه به من الصفقة من المقاول الأصلى ، تماما كالمقاول الأصلى بالنسبة إلى رب العمل .

وهناك صورة أخرى للمقاولة من الباطن سنعرض لها .

١٤٣ـ الفرق بين المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة :

تختلف المقاولة من الباطن عن التنازل عن المقاولة ، إذ فى الحالة الأخيرة ينتقل عقد المقاولة بكافة حقوقه والتزاماته من المقاول الأول (المتنازل) إلى المقــاول الثانى (المتنازل إليه) وتنقطع صلة المقاول الأول برب العمل، ويصــبح الثانى هو المدين بجميع التزامات عقد المقاولة الأصلى أمام هذا الأخير .

ولا يكـــون المقاول الأول مسئولا عنه أو ضامنا له لدى رب العمل ، عـــلى عكـــس الحال فى المقاولةمن الباطن ، حيث يظل المقاول الأصلى مسئولا عن أخطاء المقاول من الباطن ، وضامنا له قبل رب العمل .

ولـــذا فإن التنازل عن عقد المقاولة لا يثير أية مشكلة بالنسبة لخضوع المقـــاول الثانى (المتنازل‌له) للمسئولية الخاصة بالمعماريين ، وذلك على عكس الحال بالنسبة للمقاولة من الباطن على الوجه الذى سوف نراه[1].

ورغـــم أن الشارع المصرى نظم عقد المقاولة من الباطن ، إلا أنه لم يعرض للتنازل عن المقاولة . وتركها للقواعد العامة .

ويـــبرر مســـلك الشارع فى هذا أن التنازل عن المقاولة أقل وقوعا فى العمل من المقاولة من الباطن .

١٤٤ـ صور التنازل عن المقاولة :

للتنازل عن المقاولة صور ثلاث هى :

١-تنازل المقاول عن الأجرة لشخص ثالث عن طريق حوالة الحق :

وطـــبقا للقواعـــد العامة يتم هذا التنازل باتفاق بين المقاول (المحيل) والشخص الثالث (المحال له) .

وتسرى الحوالة فى‌حق رب العمل بإعلانه بها عملا بالمادة٣٠٥ مدنى.

ويلجأ المقاول عادة إلى هذه الصورة للحصول على مبالغ يستعين بها فى تنفيذ عقد المقاولة سواء من أحد المصارف أو أحد الممولين .

وفى هذه الصورة يكون المحال له هو الدائن بالأجرة .

---

(١) عبد الرازق حسن يس ص ٤٣٢ الهامش .

٢- تنازل المقاول للغير عن جميع عقد المقاولة بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات . فيحل المتنازل له محل المقاول فى عقد المقاولة . ويصبح هو المقاول تجاه رب العمل . وقد يكون هذا التنازل بمقابل يدفعه المتنازل له للمتنازل ، أو بالعكس يدفعه المتنازل للمتنازل له إذا كان الأول يتوقع الخسارة لو أنه قام بتنفيذ المقاولة بنفسه فيتنازل عن المقاولة لآخر ويدفع له مبلغا يحدد به خسارته .

وتطبق على التنازل قواعد حوالة الحق فيما يتعلق بنقل حقوق المقاول الأصلى ، وقواعد حوالة الدين فيما يتعلق بنقل التزاماته .

٣- تنازل رب العمل عن عقد المقاولة :

ومثال ذلك أن يبيع رب العمل الأرض مثلا التى قاول على إقامة بناء فيها ويتنازل فى الوقت ذاته لمشترى الأرض عن عقد المقاولة وما ينشأ عنه من حقوق والتزامات .

وهذه الصورة نادرة فى العمل [١].

١٤٥- متى يجوز للمقاول التعاقد مع مقاول من الباطن ؟

تنص المادة (٦٦١) مدنى على أن :

---

(١) السنهورى ص٢٦٠ وهامش (١) وما بعدها- فتيحه قره ص ٢٣٤ ومابعدها.

" ١- يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقـــاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية .

٢- ولكن يبقى فى هذه الحالة مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل " .

فالمقاولـــة باعتبارها عقدا ماليا ، لا تقوم بحسب الأصل على الاعتداد بشخصية طرفيها، ومن ثم فإنه يجوزللمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن يعمل مستقلا عنه ، ولن يضار رب العمل من قيام مقاول من الباطن بتنفيذ العمل ، لأن المقاول الأصلى يبقى مســئولا أمامه عن هذا التنفيذ كما لو كان قد قام به بنفسه (م٢/٦٦١ مدنى) إلا إذا قبل رب العمل النزول عن المقاولة وأبرأ ذمة المقاول الأصلى مـــن التزاماته . وقد نصت المادة ٧٨ مرافعات صراحة على أنه يجوز فى الوكالة بالخصومة أن ينيب الوكيل غيره من المحامين ما لم يكن ممنوعا من الإنابة صراحة فى التوكيل .

غـــير أنه يمتنع على المقاول المقاولة من الباطن فى كل العمل أو فى جزء منه فى حالتين :

الحالة الأولى :

أن يوجد شرط فى العقد يمنع المقاول من المقاولة من الباطن :

فإذا وجد بالعقد شرط يمنع المقاول من المقاولة من الباطن ، امتنع على المقاول المقاولة من الباطن .

وقـــد يكتفى العقد باشتراط موافقة رب العمل مقدما قبل المقاولة من الباطن .

وفى هـــذه الحالـــة يكون المقاول الأصلى ملتزما بالقيام بالعمل بنفسه وبواســـطة تابعه. فإذا خالف هذا الشرط فإنه يكون مسئولا عن الأضرار الـــتى تصـــيب رب العمل من جراء ذلك . وفضلا عن ذلك يكون لرب العمـــل أن يفســـخ العقـــد، ولكن لا يجوز لغير رب العمل أن يتمسك بالشرط المانع من المقاولة [١].

الحالة الثانية :

إذا كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على الكفاية الشخصية للمقاول:

إذا كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على الكفاية الشخصية للمقاول فـــلا يجوز للمقاول الأصلى أن يعهد بالعمل محل المقاولة أو جزء منه إلى مقاول من الباطن . وقد تكون هذه الكفاية، كفاية علمية أو فنية.

فإذا قاول رب العمل رساما أو مهندسا أو طبيبا فإنه يغلب أن يكون رب العمـــل لجـــأ إلى هذا المقاول بالذات لكفايته الشخصية ، فلا يجوز لـــلمقاول الأصـــلى أن يقاول من الباطن على العمل أو بعضه رساما أو مهندسا أو طبيبا يقوم به مكانه .

(١) محمد لبيب شنب ص ٨٧ .

وإذا قـــام شك فى أن رب العمل لجأ إلى المقاول لكفايته الشخصية، فسر هذا الشك فى معنى المنع لأنه الأغلب الأعم،فلا يجوز للمقاول الأصلى التعاقد مع مقاول من الباطن .

وفى هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... عـــلى أنه ، عند قيام الشك ، يحرم المقاول من حق المقاولة من الباطن إلا إذا أذن له رب العمل بذلك " [١].

وإحدى هاتين الحالتين كافية وحدها لمنع المقاول الأصلى من المقاولة مـــن الباطن . ويفصح عن ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ٦٦١ كانت تنص – كما وردت بالمشروع التمهيدى – تحت رقم (٨٦٨) على أن : "يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل ، فى جملته أو فى جزء منه ، إلى مقاول مـــن الباطن، **إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد ولم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية** " ، إلا أنه اقترح فى لجنة القانون المـــدنى بمجلس الشيوخ استبدال " أو " التخييرية بواو العطف قبل عبارة " لم تكـــن طبيعة العمل " فرأت اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأنه يكشف عـــن حقيقة المقصود من حكم النص وذلك لأن أحـــد الشرطين يكفى و"الـــواو" تفـــيد ضرورة اجتماع الشـــرطين وعلى ذلك قررت اللجنة

---

(١) مجموعـــة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٥٠ – راجع أيضا محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٣٨ .

إدخال هذا التعديل على هذه المادة ووافق المجلس على المادة كما عدلتها اللجنة [١].

غـير أن حظـر المقاولة من الباطن على المقاول الأصلى فى الحالتين السـابقتين ، لـيس من شأنه منعه من الاستعانة بأشخاص آخرين فنيين إداريين أو عمال فى إنجاز العمل، مادام هؤلاء ليسوا مقاولين من الباطن ، بل تابعون للمقاول ومرتبطون معه بعقد عمل لا بعقد مقاولة [٢].

١٤٦ـ التنازل عن الشرط المانع من المقاولة من الباطن :

يجـوز لـرب العمل التنازل عن الشرط المانع من المقاولة من الباطن، فيـتحلل منه المقاول، ويكون له بالتالى الحق فى المقاولة من الباطن. وكما يكون تنازل رب العمل عن الشرط المانع صريحا قد يكون ضمنيا ، كأن يـتعامل رب العمل مع المقاول من الباطن ويعطيه من الأجر بمقدار ماهو مديـن به للمقاول الأصلى . وطالما تنازل رب العمل عن الشرط المانع ، أضـحى غير جائز الرجوع فيه ، سواء حصل التنازل قبل مخالفة المقاول للشرط المانع أو بعد مخالفته إياه [٣].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٥٠ وما بعدها .

(٢) السـنهورى ص ٢٦٤ – محمد لبيب شنب ص ٨٨– محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٤٨.

(٣) قدرى الشهاوى ص ٢٣٧ .

١٤٧- أثر مخالفة المقاول لحظر المقاولة من الباطن :

يترتب على مخالفة المقاول حظر المقاولة من الباطن ، الجزاء الذى تقضى به القواعد العامة .

فيجوز لرب العمل أن يطالب المقاول الأصلى بتنفيذ العمل تنفيذا عينيا أى بمعرفته وليس بمعرفة المقاول من الباطن ، كما أن له أن يطلب فسخ عقد المقاولة .

وكما ذكرنا سلفا أن القواعد العامة لا تحتم على القاضى إجابة طلب الفسخ ، بل يخضع لتقديره ، فله أن يرفض الفسخ ويكتفى بإلزام المقاول الأصلى بأن يقوم هو شخصيا بتنفيذ العمل المتعاقد عليه .

ولرب العمل سواء طلب التنفيذ العينى أو الفسخ الحق فى التعويض عما يكون قد لحق به من ضرر .

ويرجع رب العمل بالتعويض على المقاول الأصلى وليس على المقاول من الباطن .

غير أنه يجوز للمقاول من الباطن، إذا رجع رب العمل على المقاول الأصلى بالتنفيذ العينى أو بالفسخ، أن يرجع هو الآخر على المقاول الأصلى يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم الوفاء بالتزاماته المستمدة من عقد المقاولة من الباطن .

وقد قضت محكمة النقض فى حكم حديث لها بأن :

" لما كان واقع الدعوى أن الطاعنة قد اتفقت مع الشركة المطعون ضدها الثانية بموجب عقد مقاولة مؤرخ ١٩٨٤/٢/٧ والمقدم صورته منها أمام محكمة أول درجة على أن تقوم الشركة المطعون ضدها الثانية بإنشاء العمارات المبينة بالعقد لصالح الطاعنة وتضمن البند الثامن منه التزاما عليها هو القيام بالعمل المتفق عليه بنفسها وحظر عليها أن تسند تنفيذه فى جملته ، أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن وإلا كان الجزاء الفسخ ، ولعدم قيام المقاول الأصلى بتنفيذ العملية فى الميعاد المتفق عليه فى العقد، فقد سحبت الطاعنة العملية منه بعدما أنذرته رسميا بذلك وتحفظت على المنقولات الموجودة بالموقع والمملوكة له ضمانا لحقوقها قبله، وإذ لم يطبق الحكم العقد آنف الذكر على موضوع النزاع رغم وجوب إعماله وطبق عقد المقاولة من الباطن والذى لم تكن الطاعنة طرفا فيه ، وخلص إلى أن المنقولات الموجودة بالموقع ملكا للمطعون عليه الأول- المقاول من الباطن- وقضى له بتسليمها فضلا عن مبلغ التعويض فإنه يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب مما جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون" .

(طعنان رقما ٥٥٩١ ، ٥٦٠١ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٩/١/٢٧)

١٤٨- آثار المقاولة من الباطن :

إذا لم يكن هناك شرط فى عقد المقاولة مانع للمقاول من المقاولة من الباطن ، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية. فإن المقاولة من الباطن ، كلية كانت أو جزئية ، تكون صحيحة ونافذة فى حق رب العمل .

وأكثر ما تقع المقاولة من الباطن فى المقاولات الكبرى حيث تتعدد الأعمال وتتنوع ، وتتجاوز إمكانيات مقاول واحد مهما كان مركزه ونشاطه كبيرين .

ويترتب على المقاولة من الباطن ، قيام علاقات ثلاث هى :

١- علاقة المقاول الأصلى بالمقاول من الباطن .

٢- علاقة المقاول الأصلى برب العمل .

٣- علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن .

ونعرض لهذه العلاقات الثلاث بالتفصيل فيما يلى .

أولاً : علاقة المقاول الأصلى بالمقاول من الباطن

١٤٩- عقد المقاولة من الباطن ينظم العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن :

ينظم العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن عقد المقاولة من الباطن المبرم بينهما ، إذ تضحى العلاقة بينهما هى علاقة رب عمل (المقاول الأصلى) بمقاول (المقاول من الباطن) .

ويظل هذا العقد منفصلا عن العقد الذى أبرمه رب العمل مع المقاول الأصلى .

ولا يشترط أن تكون شروط العقدين متماثلة أو متقاربة ، غير أنه فى الغالب يكون عقد المقاولة من الباطن مختلفا عن عقد المقاولة الأصلى، فى الشروط ومقدار الأجرة ، إذ يغلب أن تكون الأجرة فى عقد المقاولة من الباطن أقل منها فى العقد المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلى ، حتى يحقق المقاول الأصلى ربحا من وراء عقد المقاولة من الباطن .

وقد يوجد فى عقد المقاولة الأصلى شرط جزائى ، ولا يوجد فى عقد المقاولة من الباطن ، أو يحصل العكس .

١٥٠- التزامات المقاول الأصلى قبل المقاول من الباطن :

يلتزم المقاول الأصلى نحو المقاول من الباطن، بجميع التزامات رب العمل قبل المقاول ، فقد أوضحنا سلفا أن المقاول الأصلى فى علاقته بالمقاول من الباطن يعتبر رب عمل .

فيلتزم المقاول الأصلى قبل المقاول من الباطن بما يأتى :

١- القيام بما هو ضرورى لإنجاز العمل .

٢- تسلم العمل من المقاول من الباطن بعد إنجازه .

٣- دفع الأجر إلى المقاول من الباطن .

ويسرى على هذه الالتزامات كافة ما يسرى عليها بالنسبة لرب العمل تجاه المقاول، ولذلك نحيل إلى ما ذكرناه سلفا فى التزامات رب العمل نحو المقاول .

(راجع بنود ٩٢ وما بعده) .

١٥١- التزامات المقاول من الباطن فى مواجهة المقاول الأصلى :

يلـــتزم المقاول من الباطن فى مواجهة المقاول الأصلى بكافة التزامات المقاول نحو رب العمل .

فهو يلتزم قبله بما يأتى :

١- إنجاز العمل الموكول إليه .

٢- تسليم العمل بعد إنجازه .

٣- ضمان العمل بعد تسليمه .

ونحيل فى شرح الالتزامين الأول والثانى إلى ما أوردناه بشأن التزامات المقاول قبل رب العمل .

(راجع بنود ٣٧ وما بعده) .

أما بالنسبة للالتزام الثالث ، وهو الالتزام بضمان العمل بعد تسليمه. فقد ذكرنا سلفا أن الضمان المنصوص عليه بالمادة ٦٥١ مدنى، وهى التى تجعل المقاول ضامنا لما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم فى المبانى أو المنشآت الثابتة ولجميع ما يوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته ، قاصر على المقاول الأصلى دون المقاول من الباطن .

وعلى ذلك يكون التزام المقاول من الباطن قبل المقاول الأصلى بضمان عيوب البناء والمنشآت الثابتة الأخرى طبقا للقواعد العامة . فينتهى التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد أن يتسلم المقاول الأصلى العمل مع تمكنه من فحصه وكشف ما به من عيوب . فإذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك، لا يكون المقاول من الباطن مسئولا إلا بالقدر وإلى المدة التى يقضى بها عرف المهنة .

(راجع فى التفصيل بند ٦٩) .

ثانيا : علاقة المقاول الأصلى برب العمل

١٥٢ـ التزامات رب العمل نحو المقاول الأصلى :

ينظم العلاقةمابين المقاول الأصلى ورب العمل عقد المقاولةالذى أبرمه الطـــرفان ، ولا شأن لرب العمل بعقد المقاولة من الباطن فهذا العقد لا يكســـب رب العمل حقا ولا يرتب فى ذمته التزاما لأنه يعتبر بالنسبة إليه من الغير فيما عدا ما نص عليه القانون من رجوع المقاول من الباطن على رب العمل بالأجرة فى حدود وبشروط معينة كما سنرى .

وبالتالي يبقى رب العمل ملتزما نحو المقاول الأصلى ، دون المقاول من الباطن . فتنشأ التزاماته قبله من عقد المقاولة الأصلى [1].

فيلـــتزم رب العمـــل بتسلم العمل وتقبله من المقاول الأصلى لا من المقاول من الباطن كما يلتزم بدفع الأجر للمقاول الأصلى لا المقاول من الباطن ما عدا الاستثناء المشار إليه .

١٥٣ـ التزامات المقاول الأصلى نحو رب العمل :

يـــبقى المقاول الأصلى ملتزما نحو رب العمل بكل الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة الأصلى . فلا تنشأ التزاماته من عقد المقاولة من الباطن .

وعلى ذلك يلتزم المقاول الأصلى قبل رب العمل بإنجاز العمل المتفق عليه وبتسليم العمل بعد إنجازه ، ولاشك أنه يندرج فى هذا العمل، العمل

---

(١) محمد شكرى سرور ص ١٢٧ وما بعدها .

الذى أنجزه المقاول من الباطن . كما يلتزم بضمان العمل على النحو الذى فصلته المادة ٦٥١ مدنى . ولا شأن لهذا الضمان بضمان المقاول من الباطن قبل المقاول الأصلى ، الذى تحكمه القواعد العامة .

وقد سبق أن تناولنا هذه الالتزامات تفصيلا عند تناول التزامات المقاول تجاه رب العمل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يدل النص فى المادة (٦٦١) من القانون المدنى على أن المقاول الأصلى يبقى ملتزما نحو صاحب العمل والتزاماته تنشأ من عقد المقاولة الأصلى لا من عقد المقاولة من الباطن فيلتزم نحو صاحب العمل بإنجاز العمل محل عقد المقاولة الأصلى ، ويدخل فى ذلك العمل الذى أنجزه المقاول من الباطن . فإذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه فى إنجاز العمل طبقا للشروط والمواصفات المتفق عليها ولأصول الصنعة ، كان المقاول الأصلى مسئولا عن ذلك نحو صاحب العمل ومسئولية المقاول الأصلى عن المقاول من الباطن مسئولية عقدية تنشأ من عقد المقاولة الأصلى ، وتقوم على افتراض أن كل الأعمال والأخطاء التى تصدر من المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة إلى صاحب العمل أعمالا وأخطاء صدرت من المقاول الأصلى ، فيكون هذا مسئولا عنها قبله " .

(طعن رقم ٤٨٤٣ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٩/١/١١)

(قرب طعنان رقما ٧٦ لسنة ١٠ ق ، ٥ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤١/٤/١٧ – منشورين بالبند التالى)

١٥٤ـ مدى مسئولية المقاول الأصلى عن المقاول من الباطن :

تـــنص الفقرة الثانية من المادة (٦٦١) على أن " ولكنه يبقى فى هذه الحالة " المقاول الأصلى " مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل".

وبالترتيـــب على ذلك يظل المقاول الأصلى مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل ، ولايكون المقاول من الباطن مسئولا مباشرة نحو رب العمل ، بل يبقى مسئولا قبل المقاول الأصلى .

فالعلاقـــة بـــين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة، إذ يتوسطهما المقاول الأصلى .

فإذا لم يوف المقاول الأصلى بالتزاماته قبل رب العمل، رجع رب العمل على المقاول الأصلى ، ثم يرجع المقاول الأصلى على المقاول من الباطن.

وإذا أخـــل المقـــاول من الباطن بالتزاماته قبل المقاول الأصلى ، كان المقاول الأصلى هو المسئول نحو رب العمل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة ٤١٣ من القانون المدنى ولو أنها تخول المقاول إعطاء المقاولة لآخر إذا لم يكن متفقا على خلاف ذلك إلا أنهـــا تعده مسئولا عن عمل هـــذا الآخـــر . وبـــناء على ذلك فإن مجرد قيام مقاول من الباطن تحت إشراف الحكومة بالعمل الذى تعاقد عليه المقاول الذى اتفقت معه لايقطع مســئولية هـــذا المقاول ، خصوصا إذا كان فى شروط التعاقد ما يحمله مسئولية الأضرار الناجمة عن تنفيذ المقاولة " .

(طعنان رقما ٧٦ لسنة ١٠ق، ٥ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤١/٤/١٧)

١٥٥ـ أساس مسئولية المقاول الأصلى عن المقاول من الباطن :

المقاول من الباطن يعمل مستقلا عن المقاول الأصلى ولا يعتبر تابعا له، فلا يربطه به عقد عمل . ومن ثم فإن مسئولية المقاول الأصلى عن المقاول من الباطن ليست مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ، بل هى مسئولية عقدية تنشأ من عقد المقاولة الأصلى . على افتراض أن كل الأعمال والأخطاء التى تصدر من المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة إلى رب العمل أعمالا وأخطاء صدرت من المقاول الأصلى ، ومن ثم تتحقق مسئوليته فى مواجهة رب العمل (١).

ولما كانت هذه المسئولية عقدية، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، فيشترط المقاول على رب العمل جواز أن يقاول من الباطن وألا يكون مسئولا عن المقاول من الباطن . كما يجوز بعد أن يعقد المقاول الأصلى مقاولة من الباطن أن يقبل رب العمل حلول المقاول من الباطن محل المقاول الأصلى فى كل حقوقه والتزاماته ، فتتحول المقاولة من الباطن إلى تنازل عن المقاولة . كذلك يجوز أن يتعهد المقاول من الباطن للمقاول الأصلى بأن يقوم رب العمل فى هذه الحالة بالرجوع بالدعوى المباشرة على المقاول من الباطن طبقا لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير، ويحتفظ فى الوقت ذاته بحق الرجوع على المقاول الأصلى بموجب عقد المقاولة (٢).

---

(١) قدرى الشهاوى ص ٢٤٦ — محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٥١ .

(٢) السنهورى ص ٢٧٩ هامش (١) .

ثالثا : علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن

١٥٦ـ علاقة غير مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن :

الأصـــل أنـــه لا توجد ثمة علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن، فالعلاقة التعاقدية قائمة بين رب العمل والمقاول الأصلى، والمقاول مـــن الباطن يعتبر من الغير بالنسبة لعقد المقاولة الأصلى . بعكس العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن ، فالعلاقة بينهما علاقة تعاقدية .

فالالتزامات التى تقع على عاتق المقاول الأصلى قبل رب العمل بموجب عقـــد المقاولـــة المـــبرم بينهما، وهى إنجاز العمل وتسليمه والضمان، لا يســـتطيع رب العمل مطالبة المقاول من الباطن بها مباشرة، بل يجب عليه أن يطالب بها المقاول الأصلى .

غـــير أنه يجوز لرب العمل أن يطالب المقاول من الباطن بالدعوى غير المباشـــرة، أى دعوى مدينه المقاول الأصلى فيستعمل حق مدينه المقاول الأصلى قبل مدين مدينه المقاول من الباطن، فيطالبه بإنجاز العمل وتسليمه وبضمان العمل بعد تسليمه .

والوجـــه الآخر ، هو مطالبة المقاول من الباطن لرب العمل ، فإنه لا يستطيع بدوره مطالبته مباشرة بالتزاماته قبل المقاول الأصلى .

فـــلا يستطيع المقاول من الباطن مطالبة رب العمل ، بالتزامه بتمكين المقـــاول من إنجاز العمل ، وتسلم العمل وتقبله ، وإنما يستطيع الرجوع عليه بالدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدينه المقاول الأصلى فى الرجوع على رب العمل .

وكان الأصل أن يخضع التزام رب العمل بدفع الأجر إلى المقاول الأصلى لهذه القاعدة، فلا يجوز للمقاول من الباطن مطالبة رب العمل به بالطريق المباشر غير أن القانون خرج على هذا الأصل ، وأجاز للمقاول من الباطن وعماله مطالبة رب العمل مباشرة بالأجر المستحق لهم بما لا يجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأصلى من وقت رفع الدعوى وهذا ما سنعرض له فيما يلى .

الاستثناء المقرر للمقاول من الباطن وعماله فى الرجوع بالأجر مباشرة على رب العمل

١٥٧ـ النص القانونى :

المادة (٦٦٢) مدنى :

" ١ - يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل ، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأصلى من وقت رفع الدعوى . ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلى ورب العمل .

٢- ولهم فى حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلى امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز ، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه. ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة .

٣- وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة ، مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل " .

١٥٨ـ الحكمة من الدعوى المباشرة :

رغم أن للمقاول من الباطن دعوى غير مباشرة قبل رب العمل فى مطالبته بالأجر المستحق له قبل المقاول الأصلى ، وذلك باستعمال دعوى مدينه المقاول الأصلى قبل رب العمل . إلا أن المشرع رأى أن هذه الدعوى غير المباشرة لا تحقق الحماية الكاملة للمقاول من الباطن، لأن هذه الدعوى غير المباشرة يزاحمه فيها كافة دائنى المقاول الأصلى ، فلا يحصل وحده على المال المملوك لصاحب العمل الذى يجرى عليه التنفيذ، وإنما يقاسمه فيه سائر دائنى المقاول الأصلى قسمة الغرماء . خاصة أن المقاول من الباطن لا يرجع على رب العمل عادة إلا إذا كان المقاول الأصلى معسرا . ومن ثم فإن الدعوى المباشرة تدرء عن المقاول من الباطن مغبة مزاحمة دائنى المقاول الأصلى له .

وقد ارتأى الشارع أن عمال المقاول من الباطن وعمال المقاول الأصلى لا يقلون فى الحاجة إلى الرعاية عن المقاول من الباطن ، فمد حمايته إليهم وخولهم جميعا دعوى مباشرة ، وحق امتياز أيضا كما سنرى ، ينأى بهم عن مزاحمة دائنى المقاول الأصلى .

ولايشترط لاستعمال هذه الدعوى المباشرة أن يكون المقاول الأصلى معسرا ، أو أن يكون دائنوه قد رجعوا عليه أولا .

١٥٩- أصحاب الحق فى الدعوى المباشرة :

خولت المادة ٦٦٢ مدنى حق الدعوى المباشرة قبل رب العمل للأشخاص الآتى ذكرهم .

١- المقاول من الباطن :

يكون المقاول من الباطن طرفا فى المطالبة ، وهو دائن يطالب فى حدود الأجر المستحق له فى ذمة المقاول الأصلى .

ولا تقتصر مطالبته على الأجر فقط، وإنما له حق المطالبة فيما يتبع الأجر من نفقات وثمن مهمات وأدوات وفوائد واسترداد التأمين من رب العمل.

والطرف الآخر فى هذه المطالبة أى المدين هو رب العمل، ولا يطالبه المقاول من الباطن إلا بالقدر الذى يكون رب العمل مدينا به فقط للمقاول الأصلى بموجب عقد المقاولة الأصلى وقت رفع الدعوى المباشرة عليه من المقاول الأصلى. فإذا تبقى له أجر بعد هذه المطالبة فى ذمة المقاول الأصلى، فليس أمامه سوى الرجوع على هذا المقاول بباقى ما يستحقه .

وعلى ذلك فإذا كان رب العمل قد وفى جزءا من دينه قبل إنذاره بالوفاء ورفع الدعوى لدائنى المقاول ، فإنه يحتج بهذا الوفاء عليهم .

٢- العامل الذى يعمل لدى المقاول الأصلى :

العامل الذى يعمل لدى المقاول الأصلى مرتبط بعقد عمل ، يحق له الرجوع على رب العمل بما قد يكون مستحقاله من أجر قبل المقاول الأصلى، سواء قام المقاول الأصلى بالعمل جميعه أو عهد بجزء منه إلى

مقـــاول من الباطن . ويكون رجوعه على رب العمل من الأجر الواجب عليه للمقاول الأصلى.

ولا يقتصـــر حـــق العامل فى الرجوع على رب العمل على الأجر المســـتحق لـــه ، وإنما يرجع عليه بكل التزام ناشئ عن عقد العمل الذى يربطه بالمقاول من الباطن .

أمـــا أذا كان حق العامل غير ناشئ عن عقد العمل ، كما لو كان ناشئا عن المسئولية التقصيرية فلا يرجع به على رب العمل .

٣- العامل الذى يعمل لدى المقاول من الباطن :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٦٦٢ على أن: " ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلى ورب العمل" .

فالعـــامل لدى المقاول من الباطن له حق الرجوع على المقاول الأصلى باعتـــباره رب عمل بالنسبة للمقاول من الباطن ، كما يرجع على رب العمل باعتباره رب العمل للمقاول الأصلى، بما هو مستحق فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى بموجب عقد المقاولة الأصلى .

أمـــا إذا كـــان المقاول من الباطن قاول هو أيضا بدوره من الباطن ، فالمقـــاول من الباطن الثانى يرجع بالدعوى المباشرة على المقاول الأصلى باعتـــباره رب عمل للمقاول من الباطن الأول، ولكنه لا يرجع بالدعوى المباشـــرة عـــلى رب العمـــل على اعتبار أن المادة ٦٦٢ مدنى لا تعطى

الدعـــوى المباشـــرة للمقاول من الباطن إلا على رب العمل الذى قاول مقاولة وهوهنا المقاول الأصلى . وعمال المقاول من الباطن الثانى يرجعون بالدعوى المباشرة على المقاول من الباطن الأول وهو مدين مدين مدينهم، وعلى المقاول الأصلى وهو مدين مدينهم ، دون رب العمل فهو ليس إلا مدين مدين مدين مدينهم .

ولايجـــوز لرب العمل أن يشترط على المقاول الأصلى عدم رجوع المقـــاول من الباطن أو العمال عليه بدعوى مباشرة ، فإن هذا الاتفاق المعقـــودمــــا بـــين رب العمل والمقاول لايمس حقوق المقاول من الباطن والعمال إذ هم ليسوا طرفا فيه ، وقد استمدوا حقهم من القانون [١].

وهـــذا الحق قاصرعلى العمال، فهو لاينطبق على موردى المقاول الأصلى fournisseurs ومـــن ثم فليس لهؤلاء دعوى مباشرة على رب العمل بأثمان ما وردوه للمقاول الأصلى ، إلا إذا قضى الاتفاق أو دفتر الشروط بخـــلاف ذلـــك . ويكـــون هـــذا الشرط كفالة للمقاول لصالح دائنيه الآخرين[٢].

١٦٠ـ نتائج الدعوى المباشرة :

يتعين التفرقة بين فرضين :

---

(١) قدرى الشهاوى ص ٢٥٠ وهامش (٦) .

(٢) محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٥٤ .

الفرض الأول :

قبل إنذار رب العمل بالوفاء أو رفع الدعوى المباشرة :

إذا لم يكـن المقـاول من الباطن أو أى من عمال المقاول الأصلى أو عمـال المقـاول من الباطن قد أنذر رب العمل بالوفاء أو رفع الدعوى المباشـرة. فإنه يجوز للمقاول الأصلى أن يتصرف فى حقه المترتب فى ذمة رب العمـل بجميع أنواع التصرفات ، كما يجوز له تقاضى حقه من رب العمل .

وهذا الوفاء يكون ساريا فى حق المقاول من الباطن أو العامل .

ويكون الوفاء ساريا فى حق المقاول من الباطن أو العامل حتى لو كان وفاء بأقساط معجلة قبل مواعيد استحقاقها ما لم يكن هناك غش [١].

ويحـتج عـلى المقـاول من الباطن أو العامل بهذا الوفاء ولو كانت المخالصـة غير ثابتة التاريخ ويسرى الوفاء فى حقهما حتى لو كان رب العمل عالما بأن فى ذمة المقاول الأصلى مبلغا مستحقا لهما مادامأ لم ينذرا رب العمـل بالوفـاء ، ما لم يثبت وجود غش أو تواطؤ بين رب العمل والمقاول الأصلى [٢].

الفرض الثانى :

بعد إنذار رب العمل بالوفاء أو رفع الدعوى :

---

(١) السنهورى ص ٢٨٧ وهامش (٣) .

(٢) السنهورى ص ٢٨٨ الهامش - قدرى الشهاوى ص ٢٥١- محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٥٤ وما بعدها .

إذا أنـــذر المقاول من الباطن أو العامل رب العمل بأن يدفعله ما هو مدين به للمقاول الأصلى تمهيدا لرفع الدعوى عليه، أو قام برفع الدعوى، فـــلا يجوزله أن يقوم بالوفاء لهذا المقاول ، بل يتعين عليه أن يفى لدائنيه مباشـــرة بقـــدر حقوقهم . فإذا أوفى إلى المقاول الأصلى فلا يسرى هذا الوفاء فى حق المقاول من الباطن أو العامل ويجوز لهما مطالبة رب العمل بحقهما ، على أن يرجع الأخير بما دفعه على المقاول الأصلى .

١٦١ـ حق الامتياز المقرر للمقاول من الباطن والعمال :

رتبـــت الفقرة الثانية من المادة (٦٦٢) للمقاولين من الباطن وللعمال الـــذى يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل ، وكذلك لعمال المقاول مـــن الـــباطن ، فى حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلى امتيازا على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز .

والحكمةمن تقرير حق الامتيازلهؤلاء ، أن الدعوى المباشرة قد لاتكون كـــافـــية لحمايـــتهم الحماية الكافية ، لأنها لا تمنع دائنى مدين المدينمن مزاحمتهم . ولذلك فقد عمد المشرع لتقرير هذا الامتياز لهم .

١٦٢ـ محل الامتياز :

يقع الامتياز على المبالغ التى تكون مستحقة فى ذمة رب العمل أو فى ذمـــة المقـــاول الأصلى وقت توقيع حجز تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلى .

ولايشترط لوجود الامتياز أن يوقع الحجز تحت يدهما، كما قد توحى بذلـــك صياغة الفقرة الثانية من المادة ٦٦٢ ، لأن الامتياز موجود بنص القانون ، وإنما فائدة توقيع الحجز تبدو فى تحديد محل الامتياز بالمبالغ التى تكون فى ذمة رب العمل أو المقاول الأصلى وقت توقيع الحجز ، دون ما يكون قد انقضى قبل ذلك من ديونه .

وبمقتضـــى هذا الامتياز يتقدم المقاول من الباطن والعمال فى استيفاء حقوقهم من هذه المبالغ على سائر الدائنين العاديين لرب العمل أو المقاول الأصلى ، فلا يتزاحمون معهم [1].

وتقضى الفقرة الأولى من المادة فى عجزها على أن : "يكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه "، ومفاد ذلك أنه إذا لم يف ما فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى أو ما فى ذمة الأخير للمقاول من الباطن بحقوق هؤلاء، قسم الدين بينهم قسمة غرماء كل بنسبة حقه ، ولا يأخذ سائر دائنى رب العمل أو المقاول الأصلى شيئا حتى لو كانوا قد حجزوا هم أيضا تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلى .

كما تقضى الفقرة الأولى من المادة فى عجزها أيضا بأن :

"ويجـــوز أداء هـــذه المبالغ إليهم مباشرة " ، وهى تعنى أنه يجوز من وقـــت توقيع الحجز تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلى أن يوفى أولا حقـــوق المقـــاولين من الباطن والعمال مقدما إياهم على سائر الدائنين ، دون انتظار لاستصدار أمر من القاضى ، بأداء هذه المبالغ إليهم .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٥٩ وما بعدها .

وكانت المادة ٨٨٦من المشروع التمهيدى (التى أصبحت برقم (٦٦٢) تنص صراحة فى عجز فقرتها الثانية على هذا الحكم بقولها :" ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة دون حاجة **إلى استصدار أمر من القاضى** إلا أن عبارة " استصدار أمر من القاضى" حذفت فى لجنة المراجعة دون بيان أسباب الحذف [1]، ويرجح أن سبب الحذف هو إمكان الاستغناء عن هذه العبارة لعدم الحاجة إليها " .

١٦٣ـ حالة نزول المقاول الأصلى عن دينه قبل رب العمل بطريق الحوالة :

تنص الفقرة الثالثة من المادة (٦٦٢) على أن :

" وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة ، مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل" .

وهذه الفقرة تواجه الفرض الذى ينزل فيه المقاول الأصلى عن حقه لدى رب العمل عن طريق حواله الحق، وتبين حقوق المقاولين من الباطن والعمال المقرر لهم استعمال الدعوى المباشرة ، والامتياز فى حالة توقيع الحجز .

وطبقا لهذه الفقرة يكون للمقاولين من الباطن والعمال اقتضاء حقوقهم من المبالغ التى فى ذمة رب العمل للمقاول ولو كان هذا الأخير قد حول هذه المبالغ إلى غيره وأصبحت الحوالة نافذة فى مواجهة الغير بإعلان رب

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٥٣ وما بعدها .

العمل بها أو بثبوت تاريخ قبولها ، قبل إنذار رب العمل بالوفاء ، أو قبل توقيع الحجز [1].

ويذهب الفقه إلى أن هذا التفسير هو الذى يستقيم مع المعنى المستفاد من إيراد هذا النص ، إذ لو كان المقصود به عدم نفاذ الحوالة الحاصلة بعد الإنذار أو الحجز ، لكان مجرد تطبيق للقواعد العامة ، ولما كانت هناك حاجة إلى النص عليه صراحة ، كما أن مذكرة المشروع التمهيدى قد علقت على هذا النص بأنه يقر ما جرى عليه قضاء محاكم الاستئناف المختلطة . وبالرجوع إلى الأحكام التى أشارت إليها المذكرة وإلى غيرها نجد أنها تقرر أن حقوق المقاول من الباطن مقدمة عن حقوق خلفاء المقاول الذى نزل عن دينه قبل رب العمل، بحيث لا يحتج عليه بهذا النزول أو هذه الحوالة ولو كان تاريخه سابقا على تاريخ الحجز [2].

أما إذا كان رب العمل قد أوفى المبالغ التى فى ذمته إلى المحال إليه فإنه يجب التفرقة بين حالتين :

الأولى : أن يكون هذا الوفاء قد تم قبل أن يوقع المقاول من الباطن أو العمال الحجز تحت يد رب العمل على المبالغ المستحقة للمقاول أو قبل أن ينذر رب العمل بعدم الوفاء بدين المقاول، ففى هذه الحالة يكون الوفاء مبرئا لذمة رب العمل وساريا فى حق المقاول من الباطن والعمال.

---

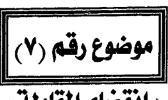
(١) الدكتور أحمد شوقى عبد الرحمن شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية ١٩٧٦ ص ٣٧ — الدكتور عبد الودود يحيى شرح قانون العمل ص ٢٣٠.

(١) محمد لبيب شنب ص ١٦٠ وما بعدها — السنهورى ص ٢٩٢ وما بعدها — محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٥٥.

والثانــية : أن يكــون الوفاء لاحقا للحجز أو الإنذار فلا يسرى – عندئذ– فى حق المقاول من الباطن والعمال ، ويكون لهم استيفاء حقوقهم قبل المقاول بما كان لهذا الأخير وقت الحجز أو الإنذار فى ذمة رب العمل.

وقــد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٩/٤/١٠ فى الطعن رقم ٨١ لسنة ٤٣ ق بأن :

" إن النص فى الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٢ من القانون المدنى على أن : " وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة عــلى حقــوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل " يقتضى أن تكــون ذمــة رب العمل مشغولة بدين للمقاول الأصلى ناشئ عن عقد المقاولة ، وألا يكون قد تم الوفاء به للمحال إليه . أما إذا كان هذا الأخير قد اقتضى الحق المحال فعندئذ تجب التفرقة بين حالتين : (الأولى) أن يكون هــذا الوفــاء قد تم قبل أن يوقع المقاول من الباطن الحجز تحت يد رب العمــل على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى وقبل أن ينذر المقاول من الباطن رب العمل بعدم الوفاء بدين المقاول المذكور، ففى هذه الحالة يكون الوفاء للمحال إليه مبرئا لذمة رب العمل وساريا فى حق المقاول من الباطن، والحالة الثانية أن يكون الوفاء لاحقا للحجز أو الإنذار فلا يسرى– عندئذ – فى حــق المقاول من الباطن ، ويكون له– رغم ذلك– أن يستوفى حقه قــبل المقاول الأصلى بما كان لهذا الأخير وقت الحجز أو الإنذار فى ذمة رب العمــل، ولو كان نزول المقاول الأصلى عن حقه للغير سابقا على الحجز أو الإنذار " .



(انقضاء المقاولة)

١٦٤ـ النصوص القانونية :

(المادة (٦٦٣) مدنى :

" ١- لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامـــه ، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.

٢- عـــلى أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا ، ويتعين علـــيها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلـــل رب العمـــل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر" .

المادة (٦٦٦) :

" ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد . فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه ولا يجـــوز لرب العمل فسخه فى غير الحالات التى تطبق فيها المادة ٦٦٣ إلا إذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل".

١٦٥ـ انقضاء المقاولة بأسباب عامة وأخرى خاصة :

تنقضـــى المقاولـــة إما بأسباب عامة ، وهى الأسباب التى تنقضى بها كافة العقود، وإما بأسباب خاصة ورد النص عليها بالمادتين ٦٦٣، ٦٦٦ مدنى.

والأسباب العامة لانقضاء المقاولة هى :

١- تنفيذ العقد .

٢- انقضاء مدة العقد .

٣- استحالة تنفيذ المقاولة .

٤- فسخ المقاولة .

٥- التقايل من المقاولة .

والأسباب الخاصة لانقضاء المقاولة (سببان فقط) هما :

١- موت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد.

٢- الإرادة المنفردة لرب العمل .

ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلى .

(أولا)
(الأسباب العامة لانقضاء عقد المقاولة)

١٦٦ـ أسباب خمسة لانقضاء عقد المقاولة :

تنقضى المقاولة بخمسة أسباب عامة هى :

١ – تنفيذ العقد :

ينقضى عقد المقاولة بتنفيذ العقد ، وهو الانتهاء المألوف للعقد، حيث يقوم رب العمل بالوفاء بالتزاماته من تمكين المقاول من إنجاز العمل، وتسلمه بعد تنفيذه ، وأداء الأجر إلى المقاول، كما يقوم المقاول بتنفيذ التزاماته من إنجاز العمل وتسليمه لرب العمل. غير أن التزامه بالضمان يستمر بعد ذلك ، بالتفصيل الذى ذكرناه فى موضعه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن عقد استئجار الصانع لعمل معين ، بالمقاولة على العمل كله أو بأجرة معينة على حساب الزمن الذى يعمل فيه أو العمل الذى يقوم به، يعتبر – بحسب الأصل – منتهيا – بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه على الصانع ورب العمل بتسلم الشئ المصنوع مقبولا وقيام رب العمل بدفع ثمنه .... إلخ " .

(طعن رقم ٥٧ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/١/٥)

٢ – انقضاء مدة العقد :

ينقضى عقد المقاولة بانتهاء مدة العقد ، وذلك فى الحالة التى يتفق فيها على مدة لعقد المقاولة ، وهذا يحدث فى المقاولات التى يكون محلها القيام بأداءات دورية لمدة معينة ، كما هو الحال فى مقاولات الصيانة، فإذا التزم

شخص بصيانة أجهزة كهربائية أو آلات ميكانيكية، بالكشف عليها فى مواعـــيد دروية وتنظيفها، وإصلاح ما يتلف منها ، وتحدد لالتزامه هذا زمـــن معـــين كشـــهر أو سنة ، فإن انقضاء هذا الزمن يؤدى إلى انتهاء المقاولة، وهذا الانتهاء يكون مألوفا .

غـــير أنـــه لا يوجد ما يمنع من تجديد المقاولة ، سواء صراحة باتفاق الطرفين على الالتزام بالصيانة لفترة أخرى ، أو ضمنا بأن يستمر المقاول فى أداء عمله فى مواعيد دورية، بعلم رب العمل، ودون اعتراض منه، ففى هذه الحالة الأخيرة يتجدد عقد المقاولة ضمنا بنفس شروط العقد السابق، ولكن لمدة غير محدده، فيكون لكل من طرفيه إنهاؤه فى أى وقت .

فيسرى على تجديد عقد المقاولة ما يسرى على تجديد عقد الإيجار .

٣- استحالة تنفيذ العقد :

ينقضى عقد المقاولة باستحالة تنفيذه . وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٦٦٤ مدنى بقولها :

" ينقضى عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه " .

ويعتـــبر هذا النص تطبيقا للمادة ٣٧٣ التى نصت على القاعدة العامة فى انقضاء الالتزام بقولها : " ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا لسبب أجنبى لا يد له فيه " .

ومـــن أمثلة استحالة تنفيذ العقد على المقاول لسبب أجنبى أن يكون العمـــل رسما فنيا لا يقوم به إلا المقاول ثم أصيب بمرض أو حادث أفقده يـــده الـــتى يرسم بها أو عينه التى يبصر بها أو كان العمل إجراء عملية

جراحية لا تحتمل الإبطاء فأصيب الطبيب بمرض مفاجئ يمنعه من إجرائها، أو كان العمل إقامة بناء من نوع معين من مواد البناء يستورد من الخارج، فقامت حرب عالمية أو أهلية منعت من استيراده، أو إقامة البناء ليكون جاهزا فى تاريخ معين لإقامة معرض فقامت أسباب أجنبية يستحيل معها على المقاول إقامته قبل التاريخ المحدد . أو إذا كانت الأعمال تستلزم ترخيصا إداريا ، ولم يصدر الترخيص ، أو إذا كانت ملكية الأرض التى من المقرر أن يقام عليها العمل قد نزعت [1]. ففى كل هذه الأمثلة وأشباهها ينقضى التزام المقاول باستحالة التنفيذ لسبب أجنبى ، وينقضى التزام رب العمل المقابل له ، وينفسخ عقد المقاولة عملا بالمادة ١٥٩ مدنى تقضى بأن : " فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه" .

وإذا انتهى عقد المقاولة بالانفساخ على نحو ما سلف ، فإن المقاول يستحق تعويضا ، ولكن هذا التعويض لا يكون على أساس عقد المقاولة لأن العقد قد انفسخ وانقضى بالتالى ، ولكن بموجب مبدأ الإثراء بلا سبب .

وقد نصت على ذلك المادة (٦٦٧) مدنى بصدد انقضاء عقد المقاولة بموت المقاول وألحقت بالنص حالة صيرورة المقاول عاجزا عن إتمام العمل لسبب لا يد له فيه . إذ نصت على أن :

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٥٣٨ .

"١- إذا انقضى العقد بموت المقاول ، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم ،وذلك بقدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات .

٢- ويجوز لرب العمل فى نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التى تم إعدادها والرسوم التى بدئ فى تنفيذها، على أن يدفع عنها تعويضا عادلا.

٣- وتسرى هذا الأحكام إذا بدأ المقاول فى تنفيذ العمل تم أصبح عاجزا عن إتمامه لسبب لا يد له فيه " .

وعلى ذلك فإن المقاول فى الأمثلة السابقة والتى انفسخ فيها العقد يستحق تعويضا عادلاعلى **أساس الإثراء بلا سبب وهو أقل القيمتين**: قيمة ما أنفقه من ماله ووقته ، وقيمة ما استفاد به رب العمل .

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى للمادة ٦٦٤ مدنى (وكانت برقم ٨٨٢) يشتمل على فقرة ثانية تجرى على أن :

" **وإذا كان التنفيذ قد استحال بسبب قهرى فلا يعوض المقاول إلا بقدر ما انتفع به رب العمل على النحو المبين فى المادة ٨٨٨ . أما إذا استحال بخطأ المقاول فإنه يرجع بالتعويض المتقدم ولكنه يكون مسئولا عن خطئه وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ رب العمل فإن أحكام المادة السابقة هى التى تسرى** " إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قررت حذف هذه الفقرة " اكتفاء بالقواعد العامة" . والقواعد العامة تتفق مع ما ذهبنا إليه سلفا [1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٥٨ وما بعدها .

ولا يعتبر إفلاس أحد المتعاقدين قوة قاهرة تمنع من التنفيذ، ومن ثم لا ينقضـــى عقـــد المقاولة بالإفلاس . بل يستمر تنفيذ العقد بواسطة أمين التفليســـة. وإذا امتـــنع أمين التفليسة عن التنفيذ جاز للطرف الآخر أن يطلـــب فسخ العقد مع التعويض. وإذا أفلس المقاول الذى قدم المادة قبل تسلم العمل فإن الشئ المصنوع يكون خاضعا لدعوى دائنيه، لأنه يكون ملكـــاله . فلا يستطيع رب العمل المطالبة باستحقاقه إياه ، ولو كان قد دفع مقدما مبلغا على الحساب ، وحتى لو كان قد دفع كل الثمن[١].

وبيع أحد المتعاقدين لمحل عمله أو توقفه عن مزاولة أعماله شأنه شأن الإفلاس ، لا يكون سببا فى انتهاء المقاولة .

وإذا كانت المقاولة تقتضى استخدام شئ للعمل فيه وهلك هذا الشئ بســـبب أجـــنبى، فإن تبعة هذا الهلاك قبل تسليمه على المقاول، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها (م٦٦٥ مدنى) .

٤- فسخ العقد :

يجـــوز لأى المتعاقدين طلب فسخ عقد المقاولة إذا أخل المتعاقد الآخر بتنفـــيذ الـــتزاماته، وفقـــا للقواعد العامة المقررة فى فسخ العقود الملزمة للجانبين .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٥٤٥ .

فـإذا أخل المقاول بأحد التزاماته كأن لم ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها، أو حسب أصول الصنعة ، أوتأخر فى تسليم العمل ، أو ظهر عيب خفي واجب الضمان جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد .

وإذا أخـل رب العمل بأحد التزاماته كامتناعه عن تمكين المقاول من إنجاز العمل أو عن تقبله أو تسلمه أو عن دفع أقساط الأجرة المستحقة... إلخ ، جاز للمقاول أن يطلب فسخ العقد .

وكما أوضحنا سلفا أن القضاء بالفسخ يخضع لتقدير قاضى الموضوع، وهو غير ملزم بإجابة المتعاقد إليه .

ويترتب على فسخ عقد المقاولة انحلاله واعتباره كأن لم يكن، ومن ثم لا يكون رجوع المقضى له بالفسخ على المتعاقد الآخر إلا بدعوى الإثراء بلا سبب .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" ١- " تقدير كفاية الفسخ أو عدم كفايتها ونفى التقصير عن طالب الفسـخ أو إثباته هو — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — من شأن محكمـة الموضـوع ، ولا دخل لمحكمة النقض فيه متى أقيم على أسباب سـائغة . فإذا كانت المحكمة قد أقامت الواقعة التى استخلصتها على ما يقـيمها، فإنهـا لا تكون بعد ملزمة بأن تتعقب كل حجة للخصم وترد عليها استقلالا ، لأن قيام هذه الحقيقة فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفها " .

٢- " الحكم بفسخ عقد المقاولة ينبنى عليه انحلاله واعتباره كأن لم يكن، ولا يكون رجوع المقاول-الذى أخل بالتزامه — بقيمة ما استحدثه من أعمال إلا استنادا إلى مبدأ الإثراء بلا سبب لا إلى العقد الذى فسخ وأصبح لا يصلح أساسا لتقدير هذه القيمة. ولما كان مقتضى مبدأ الإثراء بلا سبب وفقا للمادة ١٧٩ من القانون المدنى ، أن يلتزم المثرى بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثرى ، أى أنه يلتزم برد أقل قيمتى الإثراءوالافتقار، وكان تقديرقيمة الزيادة فى مال المثرى بسببما استحدث من بناء يكون وقت تحققه أى وقت استحداث البناء ، بينما الوقت الذى يقدر فيه قيمة الافتقار هو وقت الحكم ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر والتزم فى تقدير قيمة مازاد فى مال المطعون عليه — رب العمل — بسبب ما استحدثه الطاعن — المقاول- من أعمال البناء ، الحدود الواردة على عقد المقاولة الذى قضى بفسخه، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٥٨٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٧/٣/١٩٧٠)

٥- التقايل من العقد :

ينقضى عقد المقاولة إذا اتفق المتعاقدان على التقايل من العقد، أى التحلل من العقد بإرادتهما المشتركة . لأن العقد كما ينعقد بتلاقى إرادة الطرفين، يجوز التقايل منه بذات الإرادة .

وإذا سوى المتعاقدان حسابها مع التقايل وهو الغالب ، انتهى الأمر، أما إذا لم يتم ذلك، طبقت المبادئ العامة وأخصها مبدأ الإثراء بلا سبب.

(ثانيا)
(سببان خاصان لانقضاء عقد المقاولة)
(السبب الأول)
(تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة)

١٦٧ـ تخويل حق التحلل من عقد المقاولة لرب العمل وحده :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٦٦٣ – كما رأينا – على أن : " لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعوض المقاول عن جميع ما انفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل " .

فقد خول النص رب العمل بإرادته المنفردة أن ينهى عقد المقاولة قبل تنفيذه ، ويعتبر هذا النص خروجا على قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين (م١٤٧/١ مدنى) .

والحكمـــة من هذا الاستثناء أن تنفيذ المقاولة كثيرا ما يستغرق زمنا طويلا وأنه فى الفترة ما بين إبرامها وإتمام التنفيذ ، قد تتغير الظروف .

فقد يفقد رب العمل ثروته كلها أو بعضها بحيث لا يستطيع أن يفى بأجر المقاول أو يصبح الوفاء بهذا الأجر مرهقا له ، أو كأن تكون المقاولة متعلقة ببنـــاء عمارة للاستغلال ثم يصدر تشريع يقيد الأجـــور فتصبح الصفقة غير رابحة، أوقد ينتفى الغرض من العمل محل المقاولة فرعاية لجانب رب العمـــل، ومنعا لإجباره على بذل نفقات غير نافعة ، خوله المشرع سلطة التحلل من المقاولة بإرادته المنفردة. على أن يعوض المقاول ما تكلفه

مـــن نفقات ، وما فاته من كسب ، وهذا خيرله من المضى فى عمل لا جدوى منه بعد إتمامه [١].

ويـــبدو لأول وهله أن النص يقرر خروجا على القواعد العامة إذ أنه يبـــيح لأحد طرفى عقد ملزم للجانبين ، أن يتحلل من عقد ملزم له طبقا لقاعدة عامة أصيلة ، وراسخة هى أن : " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضـــه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون" ولكـــن عند تأمل الجزاء المقرر على رب العمل لقاء تحلله بإرادته المنفردة من هذا العقد، وهو تعويض المقاول عما تكبده من خسارة وما فاته من كســـب، يـــبين أن ذلك يؤدى إلى أن رب العمل ، وقد أجازله القانون التحلل من التنفيذ العينى قد ألزمه بالتنفيذ بطريق التعويض . فهو تعويض كامل بعنصريه : ما تجشمه المقاول من خسارة وما فاته من كسب . هذا فضـــلا عن أنه لا مصلحة فى هذه الحالة للمقاول أن يطلب التنفيذ العينى الذى أقفل فى وجهه . بل إنه إذا ثبت أن للمقاول مصلحة أدبية فى إتمام المقاولة فإن القانون يسمح بتعويضه عنها طبقا للقواعد العامة إذ قد تتأثر سمعة المقاول بعد التحلل كأن يكون عملا فنياله قيمته فالنص بهذه المثابة يـــؤدى فى الـــنهاية إلى أنـــه تطبيق للقواعد العامة بما يساير طبيعة عقد المقاولة[٢].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٨٨ وما بعدها .

(٢) الســـنهورى ص ٣٠٤ وما بعدها – محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٦٠- قدرى الشهاوى ص ٢٦٦ .

ويصل رأى فى الفقه إلى هذه النتيجة ذاتها عن طريق نظرية " الجحود المبتسر للعقد" فيذهب هذا الرأى إلى أن الدائن لا يستطيع أن يطالب بتعويض الأضرار التى كان فى استطاعته أن يتوقاها ببذل جهد معقول (م ١/٢٢١)، فذلك يفرض عليه التزاما بتخفيف المضار، ووفقا لهذا الالتزام لا يجوز للمقاول أن يمضى فى تنفيذ العمل بعد علمه بإصرار رب العمل على التحلل من العقد وجحوده له، وذلك إذا كان من شأن هذا الاستمرار أن يزيد فى الأضرار التى تصيبه ، فإن استمر فى التنفيذ رغم ذلك ، لم يحق له تقاضى تعويضا عن هذه الأضرار على أساس أنه كان فى وسعه توقعها(١).

ولا ينال من الرأى السابق ما يذهب إليه البعض من أنه قد يكون للمقاول مصلحة فى الرجوع فى عقد المقاولة بإرادته المنفردة إذ قد يتبين أن المقاولة صفقة خاسرة بالنسبة له . ذلك أن وضع المسألة على هذا الوجه ليس صحيحا فحق الرجوع إنما أعطى لرب العمل ، لا لأنه قد يرى الصفقة خاسرة إذ هو سيدفع تعويضا كاملا فيبقى متحملا لكل الخسارة ، وإنما أعطى له حق الرجوع لأن إتمام العمل يهمه وحده دون

---

(١) محمد لبيب شنب فى مؤلفه شرح أحكام عقد المقاولة ص ١٨٩- وفى بحثه الجحود المبتسر للعقد بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الثانية ص ٢٩٤ والسنة الثالثة ص ١٥١ وما بعدها .

المقاول . فإذا رأى لأسباب تصح عنده فلا مصلحةله فى إتمام العمل وجاز لــه وقــف تنفيذه ، ولا يحق للمقاول إجباره على إتمام التنفيذ إذ أعطاه القانون الحق فى التعويض كاملا (١).

١٦٨ـ هل يملك أحد آخر إنهاء المقاولة بإرادته المنفردة ؟

الرخصــة المقررة بالمادة ٦٦٣ مدنى بالتحلل من عقد المقاولة بالإرادة المنفردة مخولة لرب العمل وحده، فلا يجوز للمقاول استعمالها كما قررنا سلفا .

وهذا الحق شخصى متروك لتقديره ، ومن ثم لا يجوز لدائنيه استعماله، لأن لا يجوز للدائن أن يستعمل الرخص المقررة لمدينه (٢).

ولكــن إذا عهــد المقاول بالعمل إلى مقاول من الباطن، فإن المقاول الأصلى يعتبر رب عمل فى علاقته بهذا الأخير ، وبالتالى يكون له الحق فى إنهاء المقاولة من الباطن بإرادته المنفردة .

وينــتقل هذا الحق من رب العمل إلى ورثته وإذا تعدد الورثة واستمر المقــاول فى إنجاز العمل شائعا لحسابهم ، جاز لمن يملك أو لمن ينتظر أن يملك ثلاثة أرباع العمل أن ينهى العقد ، على أساس أن ذلك يعتبر تصرفا فى نتــيجة العمل فتملكه الأغلبية المتقدمة وفقا للمادة ٨٣٢ من القانون المدنى التى تقرر " أن للشركاء الذى يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال

---

(١) السنهورى ص ٣٠٦ هامش (١) محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢١٦ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٥٣٧ .

الشـــائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا فى ذلك إلى أسباب قوية" ، على أن يعلنوا قرارهم إلى باقى الورثة . ولمن يخالف ذلك من الأقلية حق الرجوع إلى المحكمة فى خلال شهرين من وقت الإعلان . وللمحكمة أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التحلل من المقاولة واجبا .

ويجوز كذلك للخلف الخاص أن يتحلل من المقاولة، كما إذا خول رب العمل حقوقه الناشئة عن المقاولة إلى الغير، فإن المحال له يستطيع استعمال رخصة الإنهاء بإرادته المنفردة.

أما إذا باع رب العمل الأرض التى يقام عليها البناء بعقد مقاولة ، فإن مشـــترى الأرض لا ينـــتقل إليه عقد المقاولة إلا إذا اتفق على ذلك. وفى حالة الاتفاق عليه جاز للمشترى ما كان يجوز للبائع باعتباره رب عمل جديد حل محل رب العمل القديم .

١٦٩ـ شروط إنهاء رب العمل المقاولة بإرادته المنفردة :

يشترط لإنهاء رب العمل المقاولة بإرادته المنفردة توافر الشروط الآتية:

١- أن يظهـــر رب العمل إرادته فى إنهاء المقاولة بإرادته المنفردة قبل إتمـــام المقاولـــة . وطالما لم يتم العمل بعد ، فيستطيع رب العمل إنهاءها بإرادته المنفردة أيا كانت المراحل التى قطعها المقاول فى سبيل التنفيذ ، بل ولو كان لم يبدأ هذا التنفيذ بعد .

ذلـــك أن الحكمـــة من تخويل رب العمل سلطة الإنهاء هى منع القيام بـــنفقات أو أعمال يراها غير مجدية ولا نافعة ، وقصر ما يجب عليه دفعه

للمقاول على النفقات التى صرفها فعلا وعلى الربح الذى كان يحققه لو أنه أتم العمـــل ، ولا تتوافر هذه الحكمة إذا كان المقاول قد أتم العمل فعلا، وبالتالى كان قد أنفق كل ما هو ضرورى لإنجاز العمل .

٢- أن يكـــون إنهاء رب العمل لعقد المقاولة راجعا إلى مشيئته هو ، لا إلى خطأ المقاول . ذلك أن المقاول إذا ارتكب خطأ فسبيل رب العمل ليس التحلل من المقاولة بل طلب فسخها إذا كان هذا الخطأ يبرر الفسخ. وفى هـــذه الحالة يكون المقاول هو الملتزم بتعويض رب العمل عن الضرر الذى أصابه ، ولا يرجع المقاول على رب العمل بالتعويض المقرر فى حالة التحلل ، بل يرجع عليه بمبدأ الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطه . هذا بالإضافة إلى حق رب العمل فى طلب التنفيذ العينى ، وإصلاح الخطأ إلى جانب التعويض .

٣- ألا يكون المقاول قد اشترط على رب العمل عدم التحلل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة . لأن حق رب العمل فى التحلل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة لا يتعلق بالنظام العام كما سنرى . ويجوز بالتالى الاتفاق عـــلى حرمان رب العمل منه . بل يجوز للمقاول الاتفاق على إلزام رب العمل بالمضى فى تنفيذ العقد إلى أن يتم ؛ إذ قد تكون له مصلحة أدبية فى إتمام العمل .

١٧٠ـ نطاق تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة :

١- يستطيع رب العمل التحلل من العقد بإرادته المنفردة ، أيا كانت طبـيعة العمل محل المقاولة ، فلا يشترط أن يكون العمل من طبيعة معينة، وبصفة خاصة لا يشترط أن يكون محل المقاولة إقامة بناء . فقد يكون محل المقاولة إقامة بناء أو أشغال نجارة أو سباكة أو نقاشة ، أو كشف طبى أو إجراء عملية جراحية أو إعطاء دروس خصوصية .

٢- يستوى أن تكون المقاولة بأجر إجمالى جزافى أو بأجر مقدر بسعر الوحدة . ذلك أن المادة ٦٦٣ مدنى لم تفرق بين حالة وأخرى .

٣- يستوى أن يكون رب العمل هو الذى قدم المواد المستخدمة فى العمل ، أم كان المقاول هو الذى قدم هذه المواد ، إذ جاء نص المادة ٦٦٣ مدنى عاما ، فلا محل للتفرقة بين حالة ما إذا كان المقاول يقتصر على تقديم عمله ، والحالة التى يقدم فيها فضلا عن ذلك المواد المستخدمة فى إنجاز هذا العمل .

٤- لا يلزم رب العمل بإبداء أسباب لتحلله من المقاولة بإرادته المنفردة، فهو وحده الموكول إليه تقدير استعمال هذه الرخصة دون معقب عليه من محكمة الموضوع .

١٧١- إنهاء عقد المقاولة بالإرادة المنفردة رخصة لرب العمل :

إنهاء المقاولة والتحلل منها بإرادة رب العمل المنفردة رخصة لرب العمل، إن شـــاء استعملها وإن شاء أهملها، فإن استعملها فلا تثريب عليه، ولا يلزم بإبداء أسباب لاستعمال هذه الرخصة .

غير أنه إذا أثبت المقاول أن رب العمل قد قصد من وراء هذا التحلل أن ينال من سمعته الأدبية وأن يشهر به بين الناس وبين أبناء مهنته ، كأن يكـــون رب العمل قد أعلن أنه تحلل من العقد لأن المقاول سيئ السمعة وغير خبير فى عمله ، أو يهمل فى تنفيذ التزاماته . جاز للمقاول الرجوع عليه بتعويض طبقا للقواعد العامة المقررة فى التعسف فى استعمال الحق[1].

١٧٢- كيفية إخطار رب العمل المقاول بالتحلل من المقاولة :

نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٦٣ مدنى على أن : " لرب العمل أن يتحلل من العقد .... إلخ " .

والتكييف القانونى للتحلل أنه تصرف قانونى من جانب واحد هو رب العمـــل، ويطـــبق عليه ما يطبق على التصرفات القانونية الأخرى كالهبة والوكالة .

ولم يحدد القانون شكلا معينا يتم به الإخطار ، ومن ثم فإنه يجوز أن يكـــون بإعلان على يد محضر أو بخطاب موصى عليه بعلم الوصول، أو بخطاب موصى عليه ، أو بخطاب عادى ، أو حتى شفاهة .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٩٢ وما بعدها — السنهورى ص ٣١٣ الهامش .

وإذ كان رب العمل هو الملزم بإثبات حصول الإخطار ، فإن الإخطار يجب إثباته- طبقا للقواعد العامة- بالكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كانت قيمة المقاولة تزيد على خمسمائة جنيه . وإلا جاز الإثبات بالبينة والقرائن.

وينتج الإخطار أثره أى يتم التحلل من المقاولة بمجرد وصول الإخطار إلى علم المقاول طبقا للقواعد العامة المقررة فى إنتاج الإرادة أثرها .

١٧٣ـ التعويض المستحق للمقاول بسبب التحلل من العقد :

رأينا أن المادة ٦٦٣ مدنى نصت على أن :

"١- لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو أتم العمل .

٢- على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر " .

وعلى ذلك يشمل التعويض الذى يستحق للمقاول العناصر الآتية :

١- المصروفات التى أنفقها المقاول :

وتشـــمل جميع المصروفات التى أنفقها المقاول، ولو كانت مصروفات أولـــية لم تعد بأى نفع على رب العمل ، مادامت قد أنفقت وقت قيام العقد .

٢- قيمة ما أنجزه المقاول من أعمال :

يعـــوض المقاول عن جميع ما أنجزه من أعمال . ويدخل فى ذلك قيمة المواد التى قدمها وأجور العمال، وتقدر هذه القيمة على أساس ما تم من الأعمال إلى مجموع ما كان يلتزم به المقاول . فإذا كان المقاول أتم نصف العمـــل وكان الأجر المحدد للعمل كله ألف جنيه ، التزم رب العمل بأن يدفع له خمسمائة جنيه. غير أن رب العمل لا يلتزم إلا بقيمة الأعمال التى قام بها المقاول قبل علمه بتحلل رب العمل من المقاولة إلا إذا كانت هذه الأعمال ضرورية للمحافظة على ما تم من عمل ، فإذا كان العمل المعهود بـــه إلى المقاول هو تغيير أو إصلاح شبكة الأسلاك الكهربائية الموجودة بمصنع معين ، وبعد أن كشف المقاول عن هذه الأسلاك صدر إليه أمر من رب العمـــل بالتوقف عنه ، فعلى المقاول فى هذه الحالة أن يعيد الحال إلى مـــا كانت عليه بتغطية هذه الأسلاك ، وله أن يطالب رب العمل بقيمة هذه التغطية ، لأن قيامه بذلك ليس مجرد حق له ، بل هو واجب عليه[1].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٩٣ وما بعدها – فتيحه قره ص ٢٧١ وما بعدها .

أما ما عدا ذلك من الأعمال التى قام بها بعد علمه بإرادة رب العمل فى التحلل من العقد ، فلا يرجع بها المقاول إلا على أساس مبدأ الإثراء بلاسبب، أى بأقل القيمتين : ماصرفه فعلا وماعادمن نفع على رب العمل.

وتجدر الإشارة إلى أن المقاول لا يجبر على تسليم المواد التى قدمها، فإذا أراد الاحتفاظ بها جاز ذلك على ألا يتقاضى تعويضا عنها .

٣- قيمة ما كان المقاول يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل :

يجب تعويض المقاول عن " ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل" .

فإذا كانت المقاولة مبرمة بأجر إجمالى ، فإن كسب المقاول يتحدد بالفرق بين قيمة هذا الأجر ، وقيمة النفقات اللازمة لتنفيذ العمل . وتقدر هذه النفقات على أساس قيمتها عند إنهاء العقد . ولا يعتد بالتغيرات التى تطرأ بعد ذلك على أثمان المواد وأجور العمال ، وبالتالى لا يستطيع رب العمل أن يتخلص من التزامه بتعويض المقاول عن الكسب الذى كان يحققه بحجة أنه لو ألزم بإتمام العمل لما حقق كسبا بل لحقق خسارة بسبب ارتفاع الأثمان والأجور ، وذلك لأن حق المقاول فى التعويض ينشأ من يوم إنهاء العقد ، ولذلك يجب ألا ينظر فى تقدير قيمة هذا التعويض إلا إلى ذلك الوقت .

(أنظر أيضا البند التالى) .

وإذا كان أجر المقاول مقدرا بسعر الوحدة ، فإن ربح كل وحدة يكون هو الفرق بين الأجر المقدر لها والنفقات الفعلية التى يبذلها المقاول

فى صنعها ، ويكون مجموع الربح الذى فاته هو الفرق مضاعفا بمقدار عدد الوحدات التى كانت مقدرة بموجب التصميم .

وإذا كانت كمية الأعمال غير محددة فى العقد ، فإنه يمكن مع ذلك معرفة الحد الأدنى لهذه الأعمال ، فيدخل الربح المتوقع من ورائها فى التعويض .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان الحكم الابتدائى إذ قضى بإلزام رب العمل بالتعويض قد أقام قضاءه على ما اتخذه المقاول أساسا لدعواه من أن رب العمل قد فسخ العقد دون تقصير منه إذ هو (المقاول) قد قام بما التزم به من استحضار العمال وأدوات البناء وشيد جزءا من البناء وأن رب العمل امتنع عن تنفيذ ما تعهد به من تقديم مواد البناء فضلا عن أنه استغنى عن عمله ووكل البناء إلى غيره دون إنذار سابق أو تكليفه له بالوفاء وكان الحكم الاستئنافى إذ قضى بإلغاء الحكم الابتدائى واقتصر على القضاء للمقاول بأجر عما أتمه من بناء قد أقام قضاءه على ما استخلصه من أن العقد لم يرتب للمقاول فى ذمة رب العمل تعويضا إذا امتنع هذا الأخير أو تأخر فى تقديم مواد البناء – إن الحكم الاستئنافى إذ ند عن بحث أساس الدعوى على هذا النحو ولم يعن بالرد على ما أورده الحكم الابتدائى من أسباب كان قاصرا قصورا يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ١٢٠ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١١/٩)

٤- تعويض المقاول عما يكون قد أصابه من ضرر أدبى :

يذهب الرأى الغالب فى الفقه – وأيدته محكمة النقض – إلى أن رب لعمل يلتزم بتعويض المقاول عما يكون قد أصابه من ضرر أدبى .

إذ قد يكون للمقاول مصلحة أدبية فى إتمام العمل ، لأنه يفيد فى سمعته أو شهرته ، ومن ثم فإن عدم إتمام العمل يضر بهما .

ومثل ذلك إتمام فنان لوحة تعاقد عليها، أو إصدار مؤلف كتاب عهد إليه بوضعه [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ١/٦٦٣ من القانون المدنى على أن :" لرب العمل أن يستحل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل " . يدل على أن المشرع أجاز لرب العمل أن يتحلل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة لأسباب قد تطرأ فى الفترة من الزمن التى لا بد أن تمضى بين إبرام العقد وإتمام تنفيذه مقابل تعويض المقاول عما تكلفه من نفقات وما فاته من كسب ولئن كان النص المشار إليه لم يعرض صراحة لحق المقاول فى مطالبة رب العمل بتعويضه أدبيا عن

---

(١) السنهورى ص ٣١٦- محمد لبيب شنب ص ١٩٥ وما بعدها- فتيحه قره ص ٢٧٣ – قدرى الشهاوى ص ٢٧٤ .

تحلله بإرادته المنفردة من عقد المقاولة، إلا أنه لم يحرمه من هذا الحق الذى تقـــرره القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ٢٢٢ من القانون المدنى ومن ثم يحق للمقاول أن يطالب رب العمل الذى تحلل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة بتعويض عما أصابه من ضرر أدبى إذا تبين له أن ثمة مصلحة أدبية كانت تعود عليه فيما لو أتيحت له فرصة إتمام أعمال المقاولة " .

(طعن رقم ٣٤ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/٦/٢٥)

١٧٤- جواز تخفيض التعويض المستحق للمقاول عما فاته من كسب:

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة (٦٦٣) مدنى بعد أجازت لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه ، أوجبت عليه أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال، ومـــا كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل . **فقد نصت الفقرة الثانية من المادة على أن :**

" عـــلى أنـــه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر " .

ويـــبين من هذا النص أنه يتضمن ثلاث حالات يجوز فيها للمحكمة تخفيض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب ، هى :

الحالة الأولى :

إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا :

فقـــد تقوم ظروف تجعل من العدل تخفيض المستحق عما فات المقاول مـــن كســـب ، مثال ذلك أن يتضح بعد أن وقف المقاول تنفيذ العمل وحسب الربح الذى فاته على أساس النفقات الفعلية التى صرفها فيما أتمه من العمل ، أنه لو أتم العمل لكلفه الباقى منه نفقات أكبر لارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور العمال، ففى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يخفض مقدار الـــربح الـــذى فات المقاول بما يتناسب مع ما ظهر من ارتفاع الأسعار والأجور .

وتخفيض التعويض فى هذه الحالة جوازى للقاضى .

الحالة الثانية :

ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد :

فالقاعدة أن المقاول يرجع على رب العمل بما أنفقه ، وليس بأكثر من ذلك، فإذا كان المقاول قد اقتصد من جراء عدم تنفيذ العقد أو عدم إتمامه شـــيئا ، فإنه يجب إنقاص ما اقتصده من قيمة التعويض ، ويدخل فى هذا تخفـــيض التعويض نظير عدم التزام المقاول بالضمان لأن العمل لم يتم و لم يسلم إلى رب العمل حتى يقوم الضمان .

والتخفيض فى هذه الحالة وجوبى على المحكمة .

الحالة الثالثة :

ما يكون المقاول قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر :

فعـــدم إتمام المقاول العمل بسبب تحلل رب العمل منه لاشك قد أتاح للمقاول وقتا يستطيع استخدامه فى عمل آخر يدر عليه ربحا، ومن ثم فإذا كـــان قد أتيح للمقاول التعاقد على إنجاز عمل آخر فى المدة التى كانت مخصصـــة لإنجاز العمل الذى وقف تنفيذه، فإن ما حصل عليه المقاول من ربح من هذا العمل الجديد ، يجب أن يخصم من التعويض المستحق له قبل رب العمل الذى أنهى العقد .

بل إنه يجب نقص التعويض المستحق للمقاول ولو لم يكن قد استخدم وقته فى عمل آخر، إذا كان ذلك ناشئا عن إهماله وتقصيره فى البحث عن عمل [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تمسك الطاعن بإعمال نص الفقرة الثانية من المادة ٦٦٣ من القانون المـــدنى والتى تقضى بأن تنقص المحكمة من التعويض المستحق للمقاول ما يكون قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر هو دفاع قانونى يخالطه واقع وإذ كان الطاعن

(١) محمد لبيب شنب ص ١٩٥ .

لم يقدم ما يثبت أنه طرح هذا الدفاع أمام محكمة الموضوع، فلا يقبل منه إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٣٤ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/٦/٢٥)

١٧٥ـ عدم تعلق حق رب العمل فى التحلل من المقاولة بالنظام العام:

حـــق رب العمل فى التحلل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة لا يتعلق بالظام العام .

ومن ثم يجوز – كما ذكرنا سلفا- الاتفاق بين المتعاقدين علىحرمان رب العمل منه ، بل يجوز للمقاول الاتفاق على إلزام رب العمل بالمضى فى تنفيذ العقد إلى أن يتم ، إذ قد تكون له مصلحة أدبية فى ذلك .

كمـــا يجوز اتفاق المتعاقدين على حق رب العمل فى التحلل من العقد بإرادتـــه المنفردة ، دون دفع أى تعويض للمقاول ، أو دون دفع تعويض كامل، على أن يقتصر الأمر على دفع ما أثرى به على حساب المقاول .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الأصل فى عقد المقاولة أنه عقد لازم وأنه طبقا لنص المادة ٦٦٣ من القانون المدنى يجب على رب العمل إذا تحلل من العقد وأوقف التنفيذ قبل إتمامه أن يعوض المقاول، ولكن يجوز الخروج على هذا الأصل المقرر لمصلحة المـــتعاقدين باتفاقهما على حق رب العمل فى التحلل من تنفيذ العقد كله أو بعضه دون دفع تعويض للمقاول أو باتفاقهما على تحديد نطاق الإلزام

فى جزء من العمل ليخرج الجزء الباقى عن نطاق الإلزام بالتنفيذ العينى أو بطريق التعويض، ويتعين إعمال هذه القواعد على التعاقد الذى يبرمه رب العمل مع المهندس المعمارى باعتباره من عقود المقاولة " .

(طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٥/١٦)

(السبب الثانى)

(موت المقاول)

١٧٦ـ الأصل عدم انتهاء عقد المقاولة بموت المقاول :

رأينا أن المادة (٦٦٦)مدنى تنص على أن :" ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد . فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل فسخه فى غير الحالات التى تطبق فيها المادة ٦٦٣ إلا إذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل " .

فالمقاولة عقد من العقود المالية ، ولذلك فالأصل أن شخصية كل من طرفيها ليست محل اعتبار فى التعاقد ، ومن ثم فإن الأصل أن المقاولة لا تنتهى بموت المقاول ، لأن كل ما يهم رب العمل أن يتم العمل وفقا للمواصفات المتفق عليها ، بصرف النظر عمن يقوم بهذا العمل ، ولذلك لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار فى التعاقد بصفة عامة ، فإذا توفى وكان له ورثة يستطيعون القيام بتنفيذ العمل وفقا لما هو متفق عليه ، فلا يكون لرب العمل أن يتضرر من عدم إتمام التنفيذ بواسطة المقاول نفسه[1].

غير أن النص استثنى من هذا الأصل العام ، حالة ينقضى فيها عقد المقاولة بموت المقاول، وهى إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار. وهذا ما سنعرض له تفصيلا فى البند التالى .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٨٢ وما بعدها .

١٧٧ - انقضاء عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد :

تقضى المادة (٦٦٦ مدنى) بأن ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت **مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد** فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه .

ولم يقصد المشرع بعبارة (مؤهلاته الشخصية) مجرد المؤهلات أو الشهادات الدراسية التى حصل عليها المقاول ، بل الصفات الشخصية للمقاول التى تكون ذات تأثير فيما يتعلق بحسن تنفيذه للعمل وفقالما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين المشتركة. ومثل ذلك الشهادات الفنية الحاصل عليها المقاول والأعمال السابقة التى قام بتنفيذها وسمعة المقاول والمكانة التى وصل إليها فى السوق، سواء من ناحية حرصه على الوفاء بالتزاماته المالية ، أو من ناحية دقته فى تنفيذ الأعمال الفنية المعهود بها إليه وتخصص المقاول فى نوع العمل المعهود به إليه. وبخاصة فيما قام به من قبل من أعمال تكسبه تجربة لا تتوافر لغيره [١].

وكانت المادة (٨٨٧) من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى (التى أصبحت برقم (٦٦١) تتضمن ثلاث فقرات (٢، ٣، ٤) تؤيد النظر المتقدم، غير أنها حذفت فى لجنة المراجعة " لعدم الحاجة إليها " .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٨٤- محمد عبد الرحيم عنبر ص ٢٦٥ وما بعدها .

وكانت هذه الفقرات تنص على أن :

" ٢- وتعتبر دائما شخصية المقاول محل اعتبار فى التعاقد إذ أبرم العقد مع أحد رجال الفن أو مع أحد المهندسين أو مع أحد مهندسى المعمار ، أو مع أحد مماثل لهؤلاء من الأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة .

٣- وتفترض هذه الصفة فى العقود التى تبرم مع العمال أو الصناع إلا إذا كان هناك دليل أو عرف يقضى بغير ذلك .

٤- وفى سائر الأحوال الأخرى ، وبخاصة أعمال المقاولات الكبيرة ، يكون المفروض أن المكانة التى وصل إليها اسم المقاول فى السوق، لاصفات المقاول الشخصية ،هى التى كانت محل الاعتبار الأول فى التعاقد" [١].

ويستخلص من هذه الفقرات الثلاث أن رجال الفن كالرسامين والنحاتين والموسيقيين والمطربين، و أصحاب المهن الحرة كالمهندسين والأطباء و المحامين و المحاسبين، كل هؤلاء تعتبر مؤهلاتهم الشخصية محل اعتبار فى العقد .أما العمال والصناع، كالنقاشين والسباكين والنجارين والحدادين، فالأصل فيهم أن مؤهلاتهم الشخصية هى محل اعتبار فى التعاقد ، إلا إذا قام دليل أو عرف يقضى بغير ذلك ، كأن كان العمل محل المقاولة عملا بسيطا لا يقتضى مهارة فنية خاصة ويستطيع أن يقوم به

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٦٤ وما بعدها .

أى شخص فى الحرفة ، فعندئذ لا تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد.

وأمـــا المقاولات الكبرى كالعمارات والمدارس والمستشفيات ، فهذه يقـــوم بهـــا عادة مقاولون كبار لا يعتمدون على كفايتم الفنية الشخصية بقـــدرمـــا يعـــتمدون على ما يتوافرعندهم من مهندسين فنيين وأدوات ومعدات ورءوس أموال بحيث تكون العبرة، لابصفات المقاول الشخصية، بـــل بالمكانـــة التى وصل إليها اسم المقاول فى السوق. فهؤلاء لا تكون مؤهلاتهم الشخصية فى الغالب محل اعتبار فى التعاقد [1].

وتقدير ما إذ كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد أم لا ، مســـألة موضوعية، يفصل فيها القاضى على ضوء الظروف التى لابست التعاقد ، وبصفة خاصة بالنظر إلى طبيعة العمل وهل هو عمل فنى دقيق يستدعى مقاولا متخصصا أم هو عمل عادى بسيط ، كذلك يجب النظر إلى قيمة هذا العمل من الناحية المالية وأهميته .

وفى كل ذلك يجب أن يحاول القاضى تبين نية المتعاقدين المشتركة فهى الأساس فى تقدير ما إذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار فى التعاقد [2].

---

(١) السنهورى ص ٣٢٥ وما بعدها — قدرى الشهاوى ص ٢٧٨ وما بعدها .

(٢) محمد لبيب شنب ص ١٨٤ — فتيحه قره ص ٢٦٤.

فإذا كانت المؤهلات الشخصية للمقاول محل اعتبار فى التعاقد ، فإن المقاولــة تنقضى بموته من تلقاء نفسها بحكم القانون ، دون حاجة لفسخ العقد لا من ناحية رب العمل ولا من ناحية ورثة المقاول .

ويترتــب عــلى ذلك أنه يجوز لورثة المقاول التمسك بهذا الانقضاء . وينطبق الحكم سواء اقتصر المقاول على تقديم عمله ، أم التزم فضلا عن ذلك بتوريد المواد اللازمة للعمل ، أو كان الأجر جزافا أو بسعر الوحدة.

ولايستطيع رب العمل إجبار ورثة المقاول على الاستمرار فى التنفيذ، دون عقد جديد يبرم بين رب العمل وورثة المقاول ، فيكون ذلك تعاقدا جديدا لا علاقة له بالعقد الذى أبرمه المقاول المتوفى .

وإذا كان المقاول الأصلى قد عهد بالعمل إلى مقاول من الباطن ، فإن وفاة المقاول من الباطن تنهى عقد المقاولة ، إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار عند إبرام المقاولة من الباطن .

وإذا كان رب العمل قد عهد به إلى عدة مقاولين ليقوموا به متضامنين، دون تقسيم للعمل عليهم ، فإن وفاة أحدهم لا تنهى المقاولة إلا بالنسبة لــه، فيستمر العقد ملزما للجانبين ، وذلك ما لم يكن مشترطا اجتماعهم فى تنفيذ العمل .

١٧٨ـ ما يسرى عليه حكم موت المقاول :

بعد أن تناولت المادة (٦٦٧)مدنى فى فقرتيها الأولى والثانية أثر انقضاء عقد المقاولة بموت المقاول أردفت فى فقرتها الثالثة أنه :

" وتسرى هذه الأحكام أيضا إذا بدأ المقاول فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزا عن إتمامه لسبب لا يد له فيه " .

فيلحق بأحكام موت المقاول، حالة ما إذا بدأ المقاول فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزا عن إتمامه بسبب لا يدله فيه ، أو إذا أصبح المقاول عاجزا عن تنفيذ العمل ، بعد التعاقد على المقاولة وقبل البدء فى تنفيذها .

ومثل ذلك أن يصاب الرسام بعاهة فى يده التى يرسم بها تعجزه عن الرسم ، أو يصاب الجراح بمرض يعجزه عن إجراء العملية المتعاقد عليها .

وعلى ذلك يترتب على حالة العجز هذه انقضاء عقد المقاولة .

١٧٩- حالة ما إذا لم تكن المؤهلات الشخصية للمقاول محل اعتبار فى المقاولة :

تنص المادة (٦٦٦)مدنى على أن : "فإن لم تكن محل اعتبار" المؤهلات الشخصية للمقاول" فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل فسخه فى غير الحالات التى تطبق فيها المادة ٦٦٣ **إلا إذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل " .**

وعلى ذلك إذا لم تكن المؤهلات الشخصية للمقاول محل اعتبار فى العقد - بالتفصيل الذى ذكرناه سلفا- فالأصل أن يستمر العقد من تلقاء نفسه . لأن كل ما يهم رب العمل أن يتم العمل وفقا للمواصفات المتفق عليها، بصرف النظر عمن يقوم بهذا العمل ، ولذلك لم تكن شخصية

المقاول محل اعتبار فى التعاقد . فإذا توفى المقاول وكانله ورثة يستطيعون القـــيام بتنفـــيذ العمل وفقا لما هو متفق عليه، فلا يكون لرب العمل أن يتضرر من عدم إتمام التنفيذ بواسطة المقاول نفسه .

ولذلك اشترطت المادة لاستمرار عقد المقاولة فى هذه الحالة أن تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، فإذا لم تتوافر هذه الضمانات ، جاز لرب العمل أن يطلب فسخ المقاولة بسبب وفاة المقاول، ولا يتقرر الفسخ إلا إذا قبله ورثة المقاول أو حكم به القضاء . وطالما لم يتقرر الفسخ بعد ، فالعقد قائم واجب النفاذ ، فلا ينتهى من تلقاء نفسه.

والمقصـــود بالضـــمانات الواجب توافرها لاستمرار عقد المقاولة مع الورثة ، الضمانات الكافية لتنفيذ الورثة العمل المتفق عليه بعقد المقاولة .

وأول هذه الضمانات أن يكون من بين الورثة من يحترف مهنة مورثه. ومنها أيضا أمانة الورثة ومؤهلاتهم وخبرتهم وقدرتهم المالية ، وبصفة عامة كل ما يبعث الطمأنينة فى نفس رب العمل على أداء الورثة للعمل المتفق علـــيه. وتقدير توافر هذه الضمانات فى الورثة من عدمه مما يخضع لتقدير قاضى الموضوع ، وله إذا وجد أن الضمانات متوافرة ألا يقضى بالفسخ فيظل العقد مستمرا مع ورثة المقاول .

وإذا توافرت الضمانات الكافية لدى الورثة استمر العقد قائما وتنتقل إليهم حقوق مورثهم كما تنتقل إليهم التزاماته فى حدود تركته .

غير أن استمرار العقد بعد وفاة المقاول لا يمنع رب العمل من استعمال الرخصة المقررة له فى المادة (٦٣٣) مدنى بالتحلل من العقد ووقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه بإرادته المنفردة على أن يلتزم بالتعويض الذى أشرنا إليه فيما سلف .

وهذا ما نصت عليه المادة (٦٦٦) مدنى فى [illegible]ها بقولها : "... ... ولا يجـــوز لرب العمل فسخه فى غير الحالات التى تطبق فيها المادة ٦٦٣ .... إلخ " .

١٨٠ـ آثار انقضاء المقاولة بموت المقاول :

يترتـــب عـــلى انقضاء المقاولة بموت المقاول، سواء من تلقاء نفسها لقيامها على اعتبار مؤهلات خاصة فى شخص المقاول أوعن طريق الفسخ بـــناء على طلب ورثة المقاول أو رب العمل، أن الالتزامات التى أنشأها عقد المقاولة فى جانب الطرفين تنتهى بانتهاء العقد .

فإذا كانت وفاة المقاول قبل أن يبدأ فى تنفيذ العمل ، ودون أن يكون قد تعاقد على شراء شئ من الأدوات أو المواد اللازمة لإنجازه،فإن انقضاء المقاولـــة لا يـــثير أية صعوبة ، إذ يتحلل منها كل من رب العمل وورثة المقاول ، دون حاجة إلى تصفية لمركز كل منهما . وإذا كان رب العمل قد عجل جزءا من الأجر فإن له أن يسترده كاملا .

أما إذا كانت وفاة المقاول بعد أن بدأ المقاول فى تنفيذ العمل بمواد قام بشـــرائها أو قدمها له رب العمل. فإنه يجب تطبيق ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٦٦٧) مدنى ، وهى تقضى بأن :

" إذا انقضى العقد بموت المقاول ، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم ، وذلك بقدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات " .

فالنص — فى حالة انقضاء العقد — يلزم رب العمل بأن يرد لورثة المقاول أقل القيمتين : قيمة ما أنفقه المقاول فى الأعمال التى أتمها أو مهد لها، وقيمة ما أفاد به رب العمل من هذه الأعمال فالنص يطبق مبدأ الإثراء بلا سبب .

وعلى ذلك إذا كانت الأعمال والنفقات التى قام بها المقاول لا فائدة منها لرب العمل ، كما لو كان لا يستطيع أحد إتمام هذه الأعمال بعد وفاة المقاول فإن رب العمل لا يلتزم بدفع قيمتها للتركة .

كذلك إذا كان النفع الذى سيعود على رب العمل من هذه النفقات والأعمال أقل من قيمتها ، فإن رب العمل لا يلتزم بأن يدفع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ، كما لو كان من الضرورى إعادة تنفيذ جزء مما أتمه المقاول قبل وفاته [1].

وإذا كان رب العمل هو الذى ورد المواد اللازمة للعمل، ومات المقاول قبل إتمام العمل، فإن هذه المواد تظل مملوكة لرب العمل طوال المدة اللازمة لصنعها أو تحويرها ، ومن ثم كان لرب العمل استردادها ، ولكنه يلتزم

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٨٧ .

بـــأن يدفع لتركة المقاول قيمة العمل الذى قام به ، وذلك إذا كان العمل الــذى قام به المقاول نافعاله ، بأن كان من الممكن أن يعهد إلى مقاول آخر بإتمامه .

أما إذا كان لا يمكن ذلك فإنه لايلتزم بشئ.

وإذا لم يكن أجر المقاول محددا بالعقد ، فإنه يقدر طبقا لما تقضى به المــادة ٦٥٩ مــدنى التى تجرى على أنه: إذا لم يحدد الأجر سلفا وجب الــرجوع فى تحديـــده إلى قـــيمة العمل ونفقات المقاولة ، وقد سبق أن أوضحنا ذلك تفصيلا .

ويقدر قيمة ما أنجزه المقاول على هذا الأساس .

وإذا كـــان المقاول هو الذى ورد المادة ، كما لو كان نجارا اتفق معه على صنع أثاث ، فاشترى المقاول الخشب ووضع الرسوم اللازمة وبذل نفقات فى التمهيد للعمل وأنجز بعضا منه ، فإن القواعد العامة تقضى بأن هذه المواد تظل مملوكة للمقاول مدة العمل ، وتنتقل بعد وفاته إلى ورثته، على ألا يرجعوا بشئ على رب العمل . غير أن الفقرة الثانية مــن المادة (٦٦٧) مدنى خرجت على هذه القواعد ، وأجازت لرب العمل أن يطالب بتسليم المواد التى تم إعدادها والرسوم التى بدئ فى تنفيذها ، على أن يدفع عنها تعويضا عادلا على النحو الذى بيناه فيما سلف .

١٨١ـ عدم انقضاء عقد المقاولة بموت رب العمل :

ذكـــرنا سلفا أن المقاولة عقد من العقود المالية ، ولذلك فالأصل أن شخصـــية كل من طرفيها ليست محل اعتبار فى التعاقد ، ويصدق ذلك

على رب العمل ، فشخصيته لا يكون لها عادة اعتبار فى التعاقد ، وبالتالي فـــإن موته لا يترتب عليه انقضاء عقد المقاولة ، بل يظل العقد قائما بين المقاول وورثة رب العمل ، باعتبارهم خلفا عاما لرب العمل فتنتقل إليهم حقوق رب العمل قبل المقاول وتنتقل إليهم التزاماته غير أن التزام الورثة بدفع الأجر للمقاول إنما يكون فى حدودما آل إليهم من تركة ، ويصبحون مالكين للعمل محل المقاولة على الشيوع بعد إتمامه كل بقدر حصته .

ويؤول إلى هؤلاء الورثة، الحق الذى كان مقررا لمورثهم فى المادة ٦٦٣ مدنى، وهو التحلل من عقد المقاولة بإراتهم المنفردة على أن يعوضوا المقاول عـــن جمـــيع مـــا أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل بالتفصيل الذى ذكرناه سلفا فى موضعه .

ويجـــب عـــلى الورثة اتباع حكم المادة ٨٢٩ مدنى فى هذا الشأن ، فيجـــب أن يكون قرارهم بالتحلل من عقد المقاولة ممن يملك على الأقل ثلاثـــة أرباع التركة مستندين فى ذلك إلى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قرارهم إلى باقى الورثة . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خـــلال شـــهرين من وقت الإعلان ، وللمحكمة عند الرجوع إليها أن تقرر تبعا للظروف ما إذا كان التحلل من المقاولة واجبا أم لا [١].

---

(١) السنهورى ص ٣٢٣ .

(بعض أنواع المقاولات)

(أولا)

(عقد التزام المرافق العامة)

موضوع رقم (٨)

(دراسة تمهيدية عن المرافق العامة)

١٨٢ـ تعريف المرفق العام :

يعـــرف البعض المرفق العام بأنه نشاط تتولاه هيئة عامة بقصد تحقيق النفع العام ، أو أنه كل نشاط تقوم به الإدارة لصالح الأفراد .

وهـــذا التعريف يستند إلى أساس موضوعى، يوجد فى طبيعة النشاط activite ذاته الذى يتولاه المرفق [١].

بينما يعرفه البعض بأنه منظمة عامة تنشئها السلطة الحاكمة وتخضع فى إدراتها لإدارة هذه السلطة بقصد تحقيق حاجات عامة .

وهذا التعريف يستند إلى أساس عضوى فيجد المرفق فى فكرة المنظمة (organisme)أو الهيئة التى تتولى النشاط .

وعلى ذلك إذا ما ذكر تعبير " مرفق التعليم" أو " مرفق الدفاع" عند أصحاب الأساس الموضوعى، عنوا بذلك خدمة التعليم أو خدمة الدفاع، بيـــنما يعنى أصحاب الأساس العضوى الإدارة أو الجهاز القائم على إدارة النشاط التعليمى أو الدفاعى ، أى جهاز التعليم أو جهاز الدفاع .

وجدير بالذكر أن المعنيين : الموضوعى والعضوى للمرفق العام غالبا، مـــا يتطابقان ، وذلك حين يعهد بالنشاط الذى يستهدف إشباع حاجة عامة إلى جهة عامة تقومبه .فيكون حينئذ المعنيان واجهتين لعملة واحدة.

---

(١) الدكـــتور محمد فؤاد مهنا مبادئ وأحكام القانون الإدارى ١٩٧٣ ص ٥٨٣- الدكتور سليمان محمد الطماوى الوجيز فى القانون الإدارى ١٩٨١ ص٢٨٦ .

ويطلق تعبير المرفق العام على النشاط وعلى الهيئات القائمة به .

غـــير أن هذا التطابق لا يتحقق حتما ، إذ قد يوجد مرفق عام بالمعنى الموضوعى " نشاط عام" ، ولا يقوم به مرفقعام بالمعنى العضوى ، حيث لا يوجـــد هيئة عامة أو جهاز عام يقوم بإدارة النشاط . ومن أمثلة ذلك التزام المرافق العامة ، إذ تستطيع الدولة أن تعهد بإدارة نشاط عام إلى أحد أشخاص القانون الخاص فردا أو شركة بدلا من أن تعهد به إلى هيئة عامة.

وبالعكس قد يوجد أيضا مرفق عـــام بالمعنى العضوى يقوم بنشاط لايعتبر مرفقا عاما بالمعنى الموضوعى . ومن قبيل ذلك قيام الدولة باستثمار أموالهـــا الخاصـــة ، أى تلك التى لا تكون مخصصة للمنفعة العامة ، فهذا النشـــاط لا يعتـــبر لدى فقهاء القانون الإدارى نشاطا مرفقيا ، لأنه لا يهدف إلى إشباع حاجة عامة ، وتلجأ الدولة فى شأن إدارته إلى أساليب القانون الخاص [1].

عـــلى أن المسلم به فى رأى جمهور الفقهاء أن اصطلاح " مرفق عام" يشمل المنظمة والنشاط بمعنى أن كلا من المنظمة والنشاط يعتبر مرفقا عاما إذا توافـــرت فيه العناصر المميزة للمرافق العامة [2]، حتى أن البعض من هذا

---

(١) الدكـــتور إبراهـــيم عبد العزيز شيحا والدكتور حسين عصمان محمد أصول القانون الإدارى ١٩٨٦ ص ٢٩٦ وما بعدها .

(٢) الدكـــتور محمود حلمى نشـــاط الإدارى ١٩٦٧ ص ٤٥ — محمد فؤاد مهنا ص ٥٨٤ .

الفقه قد استعمل فى تعريف المرفق العام تعبير المشروع ليحل معنى المنظمة والنشاط معا .

فعرف المرافق العامة بأنهـا : " مشروعات تنشئها الدولة بقصد تحقيق غـرض من أغراض النفع العام ، ويكون الرأى الأعلى فى إدارتها للسلطة العامة .

وعرفه البعض الآخر بأنه : نشاط تتولاه الإدارة بنفسها أو يتولاه فرد عـادى تحت توجيه الإدارة ورقابتها وإشرافها بقصد إشباع حاجة عامة للجمهور .

وبهـذا الـرأى أفتـت الجمعـية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع بمجلس الدولة فقد جاء بفتواها رقم ١٧٨ بتاريخ ١٩٥٤/٥/١٦ بأن :

" إنه وإن كانت فكرة المرفق العام غير محددة تحديدا واضحا وليس لها تعريف جامع مانع . إلا أن العنصر الأساس فيها هو ضرورة وجود خدمة عامـة يهدف المشروع إلى أدائها وتقوم بها الحكومة مباشرة أو يقوم بها ملـتزم تحـت إشراف السلطة الإدارية المختصة فى نطاق القانون العام . والمـرجع فى توفـر صفة المرفق العام فى المشروع أو عدم توافرها فيه إلى الظروف المحيطة به ، والقواعد التى تضعها السلطة العامة لتنفيذه والقيام به والإشراف عليه ، مع الاستهداف بقصد الدولة القوامة أصلا على المرافق العامة " .

١٨٣ـ خصائص المرفق العام :

١- يجب أن يكون المرفق العام من إنشاء الدولة :

ومعنى ذلك أن الدولة هى التى تقرر اعتبار نشاط أو مشروع ما مرفقا عامـــا ، وتقـــرر خضوعه لأحكام وقواعد المرافق العامة . ويكون إنشاء المرفق بقرار جمهورى ، ويكون من باب أولى بقانون .

ولايشترط أن تكون الدولة بنفسها هى التى تنشئ وتدير المرفق العام، فمن الجائز أن ينظم المرفق العام ويديره ما يتفرع عن الدولة من مؤسسات عامة أو إحدى وحدات الإدارة المحلية كالمحافظات والمدن والأحياء والقرى.

وعلى ذلك فالمشروع الذى يديره أفراد أو شركات أو جمعيات لايكون مـــرفقا عاما ولو كان ذا نفع عام . كما هى الحال فى الجمعيات الخيرية والمدارس الحرة والمستشفيات الخاصة . وكذلك العكس صحيح فلا يكون المشروع الذى تديره الدولة مرفقا عاما إذا لم يكن ذا نفع عام[1].

غير أن هذا لايعنى أن الأفراد لا يشتركون إطلاقا فى أداء هذه الخدمة. بـــل على العكس من ذلك كثيرا ما تعهد الدولة إلى أفراد عاديين بإدارة مرفق عام كما فى حالة امتياز المرافق العامة — كما سنرى- ويظل المرفق محتفظا بصفة العمومية ، لأن الدولة تظل محتفظة بالإشراف التام على تلك المشروعات بحيث يكون لها الكلمة الأخيرة فيما يتعلق بتنظيمها وإدارتها.

---

(١) السنهورى ص ٣٤٠ .

٢- يجب أن يكون المرفق العام بقصد تحقيق خدمة عامة :

ذلـــك أن كل مرفق عام إنما يقوم أساسا على إشباع حاجة عامة أو أداء خدمة عامة .

وتشمل هذه الخدمات ما يشبع حاجات الأفراد المادية والمعنوية ومن قبيل الخدمات المادية توريد المياه والكهرباء وتنظيم وسائل المواصلات . ومـــن قبيل الخدمات المعنوية التى تحقق النفع للجمهور بطريق غير مباشر خدمة الأمن وخدمة الدفاع وخدمة التوجيه المهنى .

وهـــذه الخدمـــة العامة تكون عادة على قدر من الأهمية وإلا تركت للمشروعات الفردية ، أو كما يقول العلامة دوجى أنها " أنواع النشاط والخدمات التى يقدر الرأى العام فى وقت من الأوقات ، وفى دولة معينة، أن عـــلى الحكـــام القيام بها، نظرا لأهمية هذه الخدمات للجماعة، ولعدم إمكان تأديتها على الوجه الأكمل بدون تدخل الحكام " ، غير أن تدخل الدولـــة المتزايد فى المجالات التى كانت متروكة للأفراد ، قد جعل تقدير أهمية الخدمات التى يجب إشباعها عن طريق المرافق العامة، متروكا لترخيص الإدارة، تمارسه تحت رقابة السلطات السياسية .

ومن ثم لم يعد من المجدى القول بأن الخدمة التى تؤديها الدولة للأفراد عـــن طريق المرافق العامة هى الخدمة التى يعجز الأفراد بوسائلهم الخاصة عـــن إشباعها ، لأن الدولة قد ترى – لسبب أو لآخر– التدخل فى مجال.

معين يستطيع الأفراد مزاولة نشاطهم فيه بكفاية تامة ، كما هو الشأن فى معظم المرافق الاقتصادية والتجارية [١].

٣- يجب ألا يكون المقصود أساسا من المرفق العام هو الحصول على الربح :

ذلك أن الغرض الأساس من المرفق العام هو تحقيق خدمات عامة ، ومن ثم لا يقصد من المرفق الربح بصفة أساسية . وتكون القاعدة هى المجانية فى الإفادة بخدمات المرفق الذى تقوم به الدولة . غير أن هذا المبدأ لا يعنى المجانية المطلقة إذ تستطيع الدولة تعليق حق الجمهور فى الإفادة بخدمات المرفق على دفع رسوم زهيدة ، دون أن يعتبر ذلك إخلالا بمبدأ مجانية المنفعة العامة . لأن فرض هذه الرسوم يكون الغرض منه فى كثير من الحالات توزيع الأعباء العامة على الجمهور ومساهمة منه فى تمويل المرفق. ومثال ذلك دفع قيمة طابع البريد ودفع رسم اشتراك الهاتف حيثما يتم الانتفاع بخدمة هذين المرفقين [٢].

٤- خضوع المرافق العامة لبعض القواعد القانونية الموحدة :

كل مرفق عام يخضع لقدر معين من القواعد القانونية تحكم سيره. فالمرافق العامة ليست كلها على نمط واحد، كما أنها لاتدار بنفس الطريقة،

---

(١) الدكتور سليمان الطماوى ص ٢٨٧ .

(٢) إبراهيم شيحا ، حسين عصمان ص ٣٠٢ وما بعدها .

ولكـــن يجمـــع بينها بعض القواعد القانونية ، تطبق عليها جميعا أيا كان شكلها أو طريقة إدارتها [1].

وتسرى على هذه المرافق قواعد خاصة بها ليست هى قواعد القانون المـــدنى بـــل قواعد القانون الإدارى ، فتنظم هذه القواعد الخاصة مركز عمـــال المـــرافق ، وهذا المركز ليس مركزا تعاقديا بل هو مركز تنظيمى. وتنظم أيضا الأموال المخصصة لسير المرافق ، فلا تكون أموالا خاصة بل أمـــوالا عامـــة . وتنظم كذلك الأعمال والعقود اللازمة لإدارة المرفق . فـــتكون الأعمال أوامر إدارية وتكون العقود عقودا إدارية ، ولهذه وتلك قواعـــد إدارية تختلف عن قواعد القانون المدنى. وتنظم أخيرا علاقة المرافق بالمنـــتفعين مـــن الجمهور بوجه عام ، فتعين حقوق المنتفعين وواجباتهم ، وترسم شروط مسئولية المرافق عن أعمالها الضارة بالغير .

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" ومن حيث إن المستقر عليه فى قضاء هذه المحكمة أن العقد الإدارى هو العقد الذى يبرمه شخص معنوى من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته فى الأخذ بأسلوب القانون العام. وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة فى عقود القانون الخاص، وأنه من المسلم به فى فقه القانون الإدارى أن اختيار جهة الإدارة لوسائل

---

(١) سليمان الطماوى ص ٢٨٨ .

القانون العام هو الشرط الفاصل فى تمييز العقود الإدارية، ذلك أن اتصال العقـــد الذى تبرمه الإدارة بالمرفق العام إذا كان شرطا لازما لكى يصبح العقـــد إداريا ، فإنه لا يكفى بذاته لكى يضفى على العقد تلك الصفة، وبهـــذه المـــثابة فإن العقد يتسم بطابع العقود الإدارية ومن أمثلة الشروط الاســـتثنائية أن يتضمن العقد شروطاتخول للجهة الإدارية الحق فى تعديل الـــتزامات المتعاقد معها وسلطة إنهاء التعاقد بإرادتها المنفردة دون حاجة لرضاء الطرف الآخر ، كما أنه من أمثلة الشروط الغير مألوفة حق الجهة الإداريـــة فى تغيير طريقة التنفيذ وحقها فى توقيع العقوبات على المتعاقد معها دون حاجة إلى وقوع ضرر أو الالتجاء إلى القضاء . وإذا لم يتضمن العقد شروطا استثنائية فإنه لا مناص من خضوعه لأحكام القانون الخاص، إذ ينتفى عنه عندئذ وصف العقد الإدارى " .

(طعن رقم ٣١٢٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٩٥/١/٢٤)

١٨٤ـ أنواع المرافق العامة :

كان تدخل الدولة فى إنشاء وإدارة المرافق العامة ضئيلا فى أول الأمر، ثم أخـــذ يزداد شيئا فشيئا حتى أصبح الآن يتناول معظم المجال الذى كان متروكا لنشاط الأفراد .

وقـــد أشـــارت إلى هذا محكمة القضاء الإدارى فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢٠ (السنة ١١ ص ٥٧٣) بقولها :

" ... ولم تعد المرافق العامة محصورة فى نطاقها التقليدى وهو النطاق الإدارى الضيق الذى كان مألوفا فى القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين ، ذلك أن حاجات الأفراد أخذت تنمو وتتجدد كلما تقدمت الجماعة فى طريق الحضارة . وقد اقتضى ذلك إنشاء مرافق مختلفة النظم والأغراض لسد هذه الحاجات المختلفة ومنها حاجات اقتصادية وأخرى ثقافية وصحية واجتماعية فرضت على الدولة أن تجاوز ميدان نشاطها الادارى إلى البحث عن ميادين أخرى كانت وقفا على النشاط الفردى"

و يمكن تقسيم المرافق العامة أقساما متعددة بحسب الزاوية التى ننظر منها إليها ، ونعرض لأهم التقسيمات فيما يلى :

١- المرافق الإدارية (Les services puplics Administ raitifs) :

هى المرافق التى يتسم نشاطها بالطابع الإدارى البحت كمرفق الدفاع الخارجى ومرفق الأمن الداخلى ومرفق التعليم ومرفق الصحة . وتتميز هذه المرافق بأنها تؤدى نشاطا مما يدخل فى صميم وظيفة الدولة ، ويعجز الأفراد والهيئات الخاصة عن القيام به ، أو لا يجدون مصلحة فى مباشرته . وتستخدم الدولة فى مباشرة هذا النشاط وسائل القانون العام، وقد تستخدم فى إدارة هذه المرافق وسائل القانون الخاص على سبيل الاستثناء.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" يبين من الاطلاع على العقد المبرم بين الهيئة المدعية والمدعى عليها — وهـــو العقد محل النزاع — أنه قصد به تسيير مرفق عام هو مرفق العلاج فهو عقد تقديم خدمات لمرفق عام إذ تلتزم بموجبه المدعى عليها لقاء تحمل الهيـــئة بنفقات تعليمها وإيوائها أن تلتحق بخدمة مستشفاها لمدة الخمس الســـنوات التالـــية لإتمـــام دراستها . وهذا الشرط فى حد ذاته يعد من الشروط الاستثنائية غير المألوفة فى عقود القانون الخاص وبالتالي فإن العقد يكون قد اتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بمرفق عام وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنمن شروط استثنائية وبهذه المثابة تدخـــل المـــنازعة المتعلقةبه فى دائرة اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى" .

(طعن رقم ٥٧٦ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٣٠)

٢- المرافق الاقتصادية الصناعية والتجارية (Les services puplics Industriels et commerciaux) :

وهـــى الـــتى تقوم على أساس مزاولة نشاط من جنس نشاط الأفراد والهيئات الخاصة . ومن أمثلة ذلك مرفق النقل بالسكك الحديدية ومرفق المـــياه والكهرباء والغاز والتجارة الخارجية والبنوك وهذا المرافق لا تخضع فقـــط لقواعـــد القانون العام ،بل تخضع فى جانب من نشاطها لأحكام وقواعد القانون الخاص، وبصفة خاصة فيما يتعلق بالنواحى المالية وطرق الإدارة .

وقد استقر القضاء على أن العلاقة بين ملتزمى هذه المرافق والجمهور الذى ينتفع بخدمات المرافق المذكورة علاقة مدنية، أى يحكمها عقد مدنى، وتخضع المنازعة فى شأنه لاختصاص القضاء العادى .

(انظـــر حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٧ لسنة ١ قضائية "تنازع" جلسة ١٩ يناير سنة ١٩٨٠) .

(وفتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ٤٠٣ فى ١٩٩٠/٤/١١ جلسة ١٩٩٠/٣/٢١) .

(منشوران بند ٢٠٥) .

٣- المرافق القومية والمرافق الإقليمية والمرافق البلدية :

تنقسم المرافق العامة إلى مرافق قومية ومرافق إقليمية ومرافق بلدية .

فالمرافق القومية مرافق تؤدى الخدمات العامة أو تسد الحاجات العامة لجميع السكان دون أن تحصر فى إقليم معين. كمرفق الدفاع والأمن والمواصلات القومية والبنوك والتأمين والتجارة الخارجية . كل هذه المرافق قومية تمتد إلى جميع أنحاء البلاد ولا يختص بها إقليم دون إقليم .

أمـا المرافق العامة الإقليمية أو البلدية فهى المرافق التى يقصد بها سد حاجات مشتركة ومنافع معينة لسكان إقليم معين أو بلدة معينة ، وهى تتبع عادة وحدات الإدارة المحلية ومن أمثلة ذلك : مرفق النقل الداخلى، ومشروعات المطافئ ، والنظافة والمياه والغاز والكهرباء .

وقـــد توجد مرافق إقليمية تهـــم بلدة معينة أو إقليم محدد، وقد توجد مرافق إقليمية تهـــم أكثر من بلدة أو إقليم كمشروعات النقل المشترك بين عدة محافظات .

وللتميـــيز بين المرافق العامة القومية والمرافق العامة الإقليمية أو البلدية أهمـــية عملية ، خاصة فيما يتعلق بالمسئولية عن الأفعال الضارة إذ تسأل الدولـــة عـــن الأضرار التى تسببها المرافق القومية كمرفق الشرطة وتسأل المحليات عن الأضرار التى تسببها المرافق الإقليمية .

٤- المرافق النقابية أو المهنية :

ظهر هذا النوع من المرافق العامة وانتشر عقب الحرب العالمية الثانية . وهو يرمى إلى تنظيم المهن الرئيسية فى الدولة عن طريق أبناء المهنة أنفسهم . فهـــذه المـــرافق يتعلق نشاطها برقابة وتوجيه النشاط المهنى مثل نقابة المحامين ونقابة الأطباء ونقابة الصيادلة ونقابة المهندسين .... إلخ . وهذه المـــرافق تديـــرها نقابات من أبناء المهنة ويخولها القانون بعض السلطات والامتيازات تتعلق بمزاولة المهنة والمحافظة على حقوق المشتغلين فيها .

وفـى هـذا قضت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٥٨/٤/١٢ فى الطعن رقم ٦٠٨ لسنة ٣ ق بأن :

" إن تنظيم المهن الحرة كالطب والمحاماة والهندسة (وهى مرافق عامة) ممـــا يدخل أصلا فى صميم اختصاص الدولة بوصفها قوامة على المصالح

والمـــرافق العامة. فإذا رأت الدولة أن تتخلى عن هذا الأمر لأعضاء المهنة أنفسهم لأنهم أقدر عليه مع تخويلهم نصيبا من السلطة العامة يستعينون به عـــلى تأديـــة رسالتهم مع الاحتفاظ بحقها فى الإشراف والرقابة تحقيقا للصالح العام . فإن ذلك لا يغير من التكييف القانونى لهذه المهن بوصفها مرافق عامة " .

وهذه المرافق النقابية أو المهنية تقوم على عناصر ثلاثة :

(أ)- أن هذه المرافق تتخذ شكلا نقابيا يشرف على إدارتها مجالس يتم انتخابها من أبناء المهنة .

(ب)- أن انضـــمام أبناء المهنة إلى هذه النقابات يكون بصفة إجبارية وذلك على خلاف المنظمات العمالية التى يكون الانضمام إليها اختياريا ، باعتبارها من أشخاص القانون الخاص .

٣- أن هـــذه الـــنقابات تمثل المهنة لدى الدولة وغيرها من الهيئات العامـــة، كما يناط بهذه النقابات الإشراف على نظام المهنة ولذلك يخولها القانون إصدارقرارات إدارية،فردية ولائحية، وتتضمن القرارات اللائحية بصفة خاصة القواعد المنظمة لممارسة المهنة والتى يتعين على أعضاء النقابة مراعاتها والالتزام بها ويخولها مراقبة دخول الأعضاء إلى المهنة عن طريق القيد فى جداول العضوية. وعن هذا الطريق تتحقق النقابة من توافر شروط الصلاحية المهنية والخلقية فى كل عضو جديد يريد أن يمارس المهنة .

ولهـــا حق توقيع جزاءات تأديبية على كل عضو يخالف قواعد تنظيم المهنة .

ويترتـــب عـــلى كون هذه النقابات تمارس نشاطا مما يدخل أصلا فى صميم وظيفة الدولة أن تملك هذه الأخيرة ، الحق فى ممارسة سلطة وصائية على أعمالها ضمانا للصالح العام[1] .

٥- المرافق التى لها شخصية معنوية والمرافق التى ليس لها شخصية معنوية :

يلحق المرفق عادة بأحد الأشخاص الإدراية يشرف على إدارته ويكون مسئولا عنه. فإذا كان المرفق العام قوميا كمرفق الشرطة أو السكك الحديدية ... إلخ ألحـــق بالدولة مباشرة . وإذا كان مرفقا إقليميا أو بلديا كالأمثلة التى سردناها سلفا ، ألحق بالمحافظة أو المدينة ... إلخ ومعنى هذا أن المرفق فى هذه الحالة لا تكون له شخصية قانونية متميزة عن الشخص الاعتبارى الذى يتبعه . ومعظم المرافق العامة من هذا القبيل أى محرومة من الشخصية الاعتـــبارية . والمرافق القومية موزعة بين الوزارت المختلفة ، فيلحق كل مـــرفق منها بالوزارة التى يكون نشاطها من جنس نشاطه ولهذا كثيرا ما يقوم نزاع بين وزارتين أو أكثر حول تبعية مرفق من المرافق . ومثل هذا الـــنزاع يحل عادة باتفاق الوزراء المختصين أو بقرار جمهورى استنادا إلى

---

(١) إبراهـــيم شيحا وحسين عصمان ص ٣٣٢ وما بعدها — الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط القانون الإدارى ص ٣٣ وما بعدها .

اختصـــاص رئـــيس الجمهورية فيما يتعلق بترتيب المرافق العامة . غير أن العمل قد جرى على أن تمنح الشخصية المعنوية لبعض المرافق العامة، نظرا لاعتبارات خاصة. فيكون لها ذاتيتها المستقلة ، وتكون شخصا إداريا قائما بجوار الأشخاص الإدارية الأخرى ، وهى الدولة والمحافظة والمركز والمدينة والحى والقرية وحينئذ تكسب — كقاعدة عامة – اسما جديدا هو "الهيئة العامة " .

٦- المرافق الإلزامية والمرافق الاختيارية :

تنقسم المرافق من حيث وجوب إنشائها إلى مرافق إلزامية واختيارية . وتتمـــثل الأولى فى تلـــك التى يكون إنشاؤها بالنسبة للدولة أمرا إلزاميا، ويتعين عليها القيام بهـــا كالمرافق التقليدية (الأمن — الدفاع– الصحة.... إلخ) أمـــا المرافق الاختيارية فهى التى أشار إليها الدستور فى عبارات عامة تحمل معنى السياسة العامة والتوجيه . فهى اختيارية تقوم الدولة بإنشائها وفقـــا لـــتقديرها وفى الوقـــت الذى تراه ملائما لذلك كحماية الطفولة والأمومة ورعاية النشء والشباب .

أهم المبادئ الضابطة لسير المرافق العامة

هناك مبادئ عاة تحكم سير المرافق العامة .

وهــذه المبادئ قد ألفها الفقه واستقر عليها القضاء ، وهى تخلص فى ثلاثة هى :

١- مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد .

٢- قاعدة مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة .

٣- قابلية نظام المرافق العامة للتغييرات والتعديلات فى أى وقت .

ونعرض لهذه المبادئ بإيجاز فيما يلى .

١٨٥- أولاً : مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد :

نقطــة البدء فى المرفق العام أنه يؤدى خدمات أساسية للأفراد يتوقف علــيها إلى حــد كبير تنظيم أحوال معيشتهم ، وذلك يقتضى ألا يكون هناك ما يعوق أو يشل حركة هذه المرافق فى أداء عملها وسير نشاطها ، ويكفــى تصور مدى الاضطراب والفوضى التى تصيب حياة الأفراد إذا انقطع التيار الكهرباء لمدة طويلة أو تعطلت وسائل النقل ليومين أو أكثر. لهــذا أجمــع الفقهاء على أن أولى القواعد الأساسية التى تحكم سير جميع المرافق العامة، انتظامها فى سيرها بدون انقطاع ، بحيث يجد المنتفع الخدمة التى يؤديها المرفق ميسرة فى الميعاد والمكان المتعارف عليه لأدائها .

وقـــد أكدت محكمة القضاء الإدارى هذه القاعدة فذهبت إلى أن :
المرفق العام هو " كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار .... إلخ " .

(القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٥٧/٥/٢)

وقـــد أكد المشرع والقضاء تطبيق هذا المبدأ فى مجالات عديدة ، منها تحريم الإضراب واستقالة الموظفين ، وفى نظرية الظروف الطارئة فى مجال العقود الإدارية ، وعدم جواز التصرف فى الأموال العامة .

١٨٦ـ ثانيا: قاعدة مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة :

مقتضى هذه القاعدة أنه يتحتم على المرافق العام أن يؤدى خدماته إلى من يطلبها من الجمهور بنفس الشروط بحيث لا يكون هناك تمييز لا مبرر له بين المنتفعين . وهذه القاعدة مستمدة من المبدأ العام الذى يهيمن على جميع الدساتير، والذى يقضى بمساواة الأفراد فى الحقوق والواجبات.

وقـــد نصت على هذا المبدأ المادة (٤٠) من دستور ١٩٧١ بقولها : "المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون فى الحقوق الواجبات العامة، لاتمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أواللغة أو الدين أو العقيدة".

عـــلى أن المساواة فى هذا الخصوص لاتعنى المساواة المطلقة بين الأفراد بل المساواة بين من تتحد ظروفهم ، فليس هناك ما يمنع من وضع فروق بـــين المنـــتفعين على أسس موضوعية لا شخصية فأجسة السفر بالسكك

الحديديـــة تختلف بين الدرجة الأولى والثانية ورسم رخصة تسيير السيارة يخـــتلف من السيارة الخاصة والسيارة الأجرة ، وتختلف حقوق وواجبات طلبة القسم الداخلى عن حقوق طلبة القسم الخارجى بالمدارس .

ومـــبدأ المساواه لايحرم الإدارة سلطتها التقديرية فى أن تختار من بين طوائف المواطنين من يكونون قد استوفوا شروط الانتفاع، فتخص بعضهم بالخدمة التى يؤديها المرفق دون البعض الآخر، متى استندت فى تصرفها إلى اعتبارات المصلحة العامة ، وخلا تصرفها من إساءة استعمال السلطة .

وإذا كـــان الأصل هو إعمال قاعدة المساواة بين من يستوفون شروط الانتفاع ، إلا أن هذه القاعدة قد يرد عليها بعض الاستثناءات مردها إلى النصوص، كإعفاء المتفوقين العاجزين من المصروفات ، أو تخصيص أماكن فى عـــربات المـــترو لمن هم فى سن الشيخوخة أو المصابين من الحرب . وتقرير مثل هذه الاستثناءات لا يقصد به تمييز أفراد بذواتهـم ، بل لوجود ظروف خاصة واعتبارات معينة راعاها المشرع [1].

١٨٧ ـ ثالـثا : قابلية نظام المرفق العامة للتغييرات والتعديلات فى أى وقت :

يعـــنى هـــذا المبدأ أن المرفق العام يلزم أن يكون دائما فى حالة تطوير وتجديدمن حيث النشاط الذى يقوم به، أو من حيث الوسائل المستخدمة،

---

(١) إبراهيم شيحا وحسين عصمان ص ٣٢١ وما بعدها .

حتى يكون بذلك مسايرا للحاجات المتجددة للجمهور ، فلا يتخلف عنها ويفقد مبررات وجوده .

فإذا ظهر لجهة الإدارة فى أى وقت من الأوقات أن هذا التنظيم لم يعد يتفق مع المنفعة المرجوة من المرفق أو أن هناك تنظيما يكفل أداءها على وجه أفضل ، كان لها أن تلجأ إلى تنظيم المرفق ، فتجعل إدارته عن طريق الهيئة العامة بدلا من الإدارة المباشرة . أو تختار نظام شركة الاقتصاد المختلط أو التأميم ... إلخ ولها أن تفرض رسوما على الانتفاع أو تخفض الرسوم الموجودة، أو تشددمن الشروط المتطلبة ليكون للأفرادحق الانتفاع كرفع سن التوظف أو اشتراط مؤهل خاص لشغل بعض الوظائف ..إلخ .

وحق الإدارة فى هذا الشأن لايقيده إلا مراعاة المصلحة العامة، ذلك القيد العام الذى يهيمن على كل تصرفاتها ألا تصبح تصرفاتها تعسفية ومشوبة بعيب الانحراف .

وقاعدة التغيير والتعديل لا يقتصر على المرافق التى تدار بطريق الريجى وجدها، بل إنها تمتد لتشمل جميع أنواع المرافق العامة أيا كانت وسيلة إدارتها ، لاسيما المرافق التى تدار بطريق الامتياز .

وهذا الحق ينص عليه دائما فى عقود الامتياز ، ولكنه ثابت للإدارة ولو لم ينص عليه صراحة ، بل لا يمكنها أن تنزل عنه مقدما [1]. لأنه متعلق بحق الجمهور ، ويتصل بالنظام العام .

---

(١) سليمان الطماوى ص ٣٦٠ وما بعدها .

طرق إدارة المرافق العامة

١٨ـ تعداد :

تـــدار المـــرافق العامة ، سواء كان المرفق قوميا أو إقليميا أو بلديا ، إحدى طرق خمسة هى :

١- الاستغلال المباشر أو الريجى **(régie)** .

٢- المؤسسات والهيئات العامة .

٣- التزام أو (امتياز) المرافق العامة .

٤- الاستغلال المختلط .

٥- الإدارة بطريق الريجى غير المباشر **(régie intéressee)** .

١٨٩ـ الطريقة الأولى:

الاستغلال المباشر أو الريجى **(régie)**:

يقصد بهذه الطريقة أن تقوم الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية بإدارة المـــرفق العـــام مستعينة فى ذلك بأموالها وموظفيها ، ومستخدمه فى ذلك وسائل القانون العام . وهذه الطريقة هى التى تدار بها جميع المرافق العامة الإداريـــة فى الوقت الحاضر ، وذلك إما لأن هذه المرافق غير مربحة ، فلا يمكـــن أن يقبل عليها الأفراد ، وإما لأن الدولة ترى أنه من الخطورة أن تسمح للأفراد بالمشاركة فى إدارة مثل هذه المرافق ، مثل ذلك مرفق الأمن والدفـــاع والعدالة والتعليم والصحة . وبعض هذه المرافق تؤدى خدماتها للجمهور مجانا لأنها تتناول جميع أفراد الجمهور ، ويتحمل نفقات المرفق

دافعـــو الضـــرائب ، مثل مرفق العدالة والتعليم ، والبعض الآخر يؤدى خدماته فى مقابل رسم معين يؤديه المنتفع حتى لا يتحمل دافعو الضرائب جميع نفقات المرفق .

وهذا النظام لا يقتصر على المرافق الإدارية وحدها ، بل يمتد فى كثير مـــن الدول إلى إدارة بعض المرافق التجارية والصناعية، كأن تتولى الدولة إدارة مرفق السكك الحديدية أو التليفونات والتلغرافات والبريد .

١٩٠ـ الطريقة الثانية : المؤسسات والهيئات العامة :

بهـذه الطـريقة يـدار المرفق العام عن طريق أشخاص إدارية مرفقية مسـتقلة عـن السلطة المركزية تنشأ لهذا الغرض مثل الهيئات العامة أو المؤسسـات العامة . وهى فى مباشرة نشاطها فى إدارة المرفق ، يكون لها شخصـية معـنوية مستقلة وذمة مالية مستقلة ، وتتمتع باستقلال مادى وإدارى ، ويعتـبر موظفو هذه المرافق موظفين عموميين ، وأموالها تعتبر أمـوالا عامـة ، وقـراراتها تعتبر قرارات إدارية ، فهى فى حقيقتها من أشـخاص القانون العام تتمتع بحقوق وامتيازات السلطة العامة ومن أمثلة ذلك الجامعات والمعاهد الخاصة بالبحوث العلمية وبعض المرافق الاقتصادية كالمؤسسـات القائمة على إدارة البنوك وشركات التأمين . وتبسط عادة السـلطة الإدارية التى تتبعها المؤسسة الرقابة عليها فى صور مختلفة يبينها نظام المؤسسة .

وقـد قضـت محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٢/٤/٤ فى الطعن رقم ١٣ لسنة ٢٧ ق ـ أحوال شخصية ـ بأن :

" لإدارة السـنقل المشـترك بمنطقة الاسكندرية الشخصية المعنوية وهى مؤسسـة عامـة ولذلك تكون علاقتها بموظفيها علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح — وإذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه إلى أحكام قانون عقد العمل الفردى دون تلك القوانين واللوائح فإن ذلك لا يعيـبه طالما أن النتيجة التى انتهى إليها تتفق مع أحكام القانون الواجب التطبيق " .

١٩١ـ الطريقة الثالثة :

التزام أو (امتياز) المرافق العامة :

يقصـد بهـذه الطـريقة أن تعهد الإدارة (الدولة أو أحد الأشخاص الإقليمـية) إلى أحـد الأفـراد أو الشركات بإدارة مرفق عام اقتصادى واسـتغلاله لمـدة محدودة، وذلك عن طريق عمال وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسئوليته ، فى مقابل تقاضى رسوم من المنتفعين بهذا المرفق العام.

وبالتالي فإن المشرفين على إدارة المشروع ليسوا موظفين عموميين بل عمال وأجراء يخضعون فى علاقاتهم مع الملتزم لقواعد القانون المدنى .

والملتزم وإن كان يدير مرفقا عاما، إلا أنه يستهدف أساسا تحقيق الربح. ولما كانت هذه الطريقة ، هى طريقة رأسمالية فى الإدارة ، فإنها لا تزدهر فى السـنظام الاشـتراكى . ولذلك فتطبيقاتها محدودة ، وتكاد تنحصر فى استغلال بعض مصادر الثروة الهامة ، وعلى رأسها البترول .

١٩٢- الطريقة الرابعة :

الاستغلال المختلط :

فى هـــذه الطريقة تشترك السلطات العامة والأفراد معا فى إدارة مرفق عام. وتتخذ هذه المشاركة صورة شركة مساهمة عادة، تكتتب الدولة أو أحـــد الأشـــخاص العامـــة فى جزءكبيرمن رأسمالها فتشترك فى إدارتها وتتحمل كباقى المساهمين مخاطرها .

وهذه الطريقة حديثة نسبيا ، تفضل فى إدارة المرافق الاقتصادية طريقة الاســـتغلال المباشـــر وطريقة المؤسسات العامة فى أنها تبتعد عن الطرق والأســـاليب الحكومية فى إدارة مرفق تقتضى طبيعته أن يدار بالنظم التى تـــدار بها المشروعات الاقتصادية الحرة . وهى فى الوقت ذاته قد تفضل طـــريقة الالتزام فى أنهـــا تمكن السلطة الإداريـــة من الاشتراك فى الإدارة والاســـتغلال، بل ومن السيطرة على المرفق إذا كان نصيبها فى رأس المال كـــبيرا، وتفضـــل أخيرا طريقة الريجى غير المباشر فى أن السلطة الإدارية لاتتحمل وحدها كل الخسائر بل تشارك فيها بمقدار ما تشارك فى الربح.

١٩٣- الطريقة الخامسة :

الإدارة بطريق الريجى غير المباشر (régie intéresee) :

فى هذه الطريقة تعهد السلطة الإدارية إلى فرد أو شركة فى إدارة المرفق العـــام واستغلاله على أن تكون للسلطة الإدارية كل الأرباح وعليها كل الخسائر.

أمـــا مديـــر المرفق فيأخذ مقابل إدارته مبلغا أو نسبة معينة من صافى الأربـــاح أو من رأس المال. أو مقابلا على أى نحو يتفق عليه مع السلطة الإدارية . فهو إذن مرتبط بهذه السلطة برابطة تعاقدية ، والعقد من عقود القـــانون الإدارى . ولكنه لا يعتبر موظفا عاما لاهو ولامن يستخدمهم لمعاونته فى إدارة المرفق [1].

(١) السنهورى ص ٣٤٩ .

موضوع رقم (٩)

(أحكام عقد التزام المرافق العامة)

١٩٤ـ تعريف عقد التزام المرافق العامة :

تـــنص المادة ٦٦٨ مدنى على أن : " التزام المرافق العامة عقد الغرض مـــنه إدارة مـــرفق عام ذى صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن " .

والـــتزام المرافق العامة يعالج من ناحيتين : فهو بالنسبة إلى العلاقة بين مـــانح الالتزام (الحكومة) والملتزم ، عقد يخضع لأحكام القانون الإدارى لأن مـــا يرد من شروط عن طريقة إدارة المرفق ومدته وغير ذلك له صفة اللائحة ، ولذلك فإن هذه الشروط لا علاقة لها بالقانون المدنى .

أما بالنسبة للعلاقة بين الملتزم **(concessionaire)** كالشركة المصرية للاتصـــالات وشركة كليك للتليفون المحمول أو شركة موبينيل للتليفون المحمـــول أو شـــركات الكهرباء أو الغاز ، وبين المنتفعين بخدمات هذه الشركات **(usagers)**، فهى علاقة مدنية تخضع لأحكام القانون المدنى.

وكانـــت المادة (٩٠٦) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (٦٦٨) تتضمن فقرة ثانية تنص على أن : " ويكون هذا العقد الإدارى هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائه من عقود . فيوجب على الملتزم أن يؤدى

الخدمـــات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين . ومن يستجد مـــنهم لقـــاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التى تقررها جهة الإدارة" ، إلا أن هـــذه الفقـــرة حذفت فى لجنة القانون المدنى " اكتفاء بالقواعد العامة " (١).

وهـــذا العقد الذى تبرمه جهة الإدارة مع الملتزم هو طريق من طرق إدارة المرافق العامة. وتعتبر جهة الإدارة فى حكم رب العمل، ويعتبر الملتزم فى حكم المقاول .

وعقـــد التزام المرافق العامة بهذا المعنى يختلف عن عقد التزام الأشغال العامة ، وهو عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة ، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة فى عقار لحساب هذا الشخص المعنوى العام ، تحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد فى العقد (٢).

١٩٥- فائدة تنظيم هذا النوع من المقاولات :

سبق أن ذكرناها أن ضمن طرق إدارة المرافق العامة ، إدارة المرافق عن طريق التزام أو (امتياز) المرافق العامة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ١٧ وما بعدها .

(٢) محمد فؤاد عبد الباسط ص ٤٦٦ .

وهــذه الطريقة ظهرت فائدتها فى مجال إدارة المرافق العامة، وفى هذا جاء بالمذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى الجديد، أنه قد" أصبحت العلاقات الــتى تقــوم فى المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة بين المقاول وعملائه من الأهمية بمكان، نظرا لاتساع العمران وانتشار المدن الكبيرة فى الوقت الحاضر، وصــار من الضرورى أن يعرض التقنين المدنى لهذا النوع من المقاولات، فــيورد بعض الأحكام الخاصة به ، كما فعل بالنسبة المقاولات الصغيرة والكبيرة. بل إن الحاجة إلى التنظيم فى هذا النوع من المقاولات أشد منها فى الفرعين السابقين، إذا راعينا أن موقف الجمهور ضعيف إزاء الشركات الكبرى التى تتولى استغلال المرافق العامة، بما دعا إلى تدخل السلطة العامة لحماية المنتفعين بها . وقد ازداد هذا التدخل على مرور الزمن ، فأصبحت السلطات العامة تتولى بنفسها إدارة بعض المرافق اللازمة لحياة الجمهور ، أو تجــيز للأفــراد استغلالها بمقتضى عقد التزام مع احتفاظها بحق الرقابة والتنظــيم . وهكذا وجدت إلى جانب المرافق التى يجرى استغلالها وفقا لنظام النشاط الفردى والمنافسة الحرة، مرافق تقوم السلطة العامة بتنظيمها وإدارتها ، وأخرى تتولى تنظيمها دون أن تتدخل فى إدارتها .

ومن الثابت أن تنظيم المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة يرتبط ، علاوة على التقنين المدنى، بالتقنين الإدارى ، ولابد من إصدار تشريع خاص ينظم الناحية الإدارية منه، ويحدد على الأخص موقف السلطة العامة قبل المقاول

لـــذى تمـــنحه امتياز استغلال مرفق عام. والمشروع لا يتعرض بداهة إلا للناحـــية المدنية من هذه المقاولات . والمبادئ التى يقررها فى هذا الصدد ليســـت سوى تأكيد للاتجاهات التى بدت فى القضاء المصرى الذى حاول بقدر الإمكان عن طريق الرجوع إلى القواعد العامة، سد الفراغ الموجود فى التقنين الحالى، وتنظيم العلاقات بين ملتزمى المرافق العامة والمنتفعين بها. كذلك يحرص المشروع على ألا يقرر سوى الأحكام التى يمكن أن تنسجم مـــع التقنين الإدارى المصرى الذى يرجى له عن طريق التشريع كثيرا من التطور فى المستقبل القريب .

وقد استند المشروع فى تقريره للأحكام التى أخذ بها إلى بعض الحقائق الثابتة، وعلى الأخص إلى وجود مرافق عامة أجازت السلطة العامة للأفراد اســـتغلالها بمقتضـــى عقـــود التزام تضمنها شروطا لتنظيم علاقة الملتزم بعملائه، وإلى أن من المجمع عليه الآن فى القضاء المصرى والفرنسى وقضاء معظـــم البلاد الأجنبية أن هذه الشروط ملزمة للفرد أو الشركة التى يعهد إليها باستغلال المرفق العام كما هى ملزمة للعملاء . وقد حاولوا تبرير هذه القوة الإلزامية فى أول الأمر عن طريق الالتجاء إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير (محكمة الاستئناف المختلطة ١٧ مايو سنة ١٨٩٤ ب ٦ ص٣٣٩- ٢٠ ديســـمبر سنة ١٨٩٤ ب٧ ص ٤٦ ...) ولكن من المتفق عليه الآن أن الاحترام الواجب لهذه الشروط إنما يرجع إلى مالها من طبيعة اللائحة الإدارية .

والأحكــام الــتى أوردها المشروع فى هذا الفرع إنما تبنى على هذه الحقائق الثابتة النتائج القانونية المترتبة عليها . وهى تكسب المبادئ العامة فى التقنين المدنى شيئا من المرونة حتى تتمشى مع هذه الحقائق . وعلى هذا النحو يصل هذا الفرع من المشروع بين التقنين الإدارى الناشئ والأسس العامة فى التقنين المدنى، كما هو الحال بالنسبة للفصل الخاص بعقد العمل، فهــو يصــل بين التشريع الصناعى الذى لايزال فى بداية عهده فى مصر والأساس القانونى العام فى التقنين المدنى [١].

وقــد جــاء بملحق تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عن موضوع التزام المرافق العامة :

" لماعرض موضوع التزام المرافق العامة على لجنة القانون المدنى بمجلس الشــيوخ اقــترح حذف المواد من ٦٦٨ إلى ٦٧٣ وهى الخاصة بالتزام المرافق العامة لأن محله الطبيعى القانون الإدارى ولأن من المتوقع أن تكون المــنازعات المــتعلقة بــه من اختصاص القضاء الإدارى ولأن تعيين هذا الالتزام يتطلب توفير الانسجام مع التقنين الإدارى المصرى- ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن المشروع تعرض لجانب محدود من صلة المنتفعين بالملــتزم ، وهذا الجانب مدنى الصبغة . وقد استقر قضاء المحاكم المصرية

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٥ ص ٦٨ وما بعدها .

على خضوع الجانب المتقدم ذكره لقواعد القانون المدنى (أنظر على سبيل المثال. استئناف مختلط ٢٦ يونية سنة ١٩١٨ ب ٣٠ ص ٤٩٩) .

وهذا و لم يذهب التعديل المزمع لقانون مجلس الدولة إلى جعل القضاء الإدارى مختصــا دون غيره بالنظر فى المنازعات الخاصة بالتزامات المرافق العامة وإنما جعل اختصاص القضاء العادى قائما وجعل الخيار للأفراد فى الالــتجاء إلى الجهة التى يؤثرونها والقواعد التى تضمنها المشروع فى هذا الشأن ليس فيها خروج على القواعد العامة ولا مساس بالتنظيم الإدارى وإنما هى تضع نظاما سيعين القضاء على حل كثير من المشاكل التى يجوز أن تكون محلا لاختلاف الرأى والتقدير (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٦٩ وما بعدها) .

١٩٦ـ عناصر عقد التزام المرفق العام :

يبين من المادة (٦٦٨) مدنى أن عقد التزام المرفق العامله ثلاثة عناصر تميزه عن العقود الأخرى ، وهى :

العنصر الأول :

أن يكون العقد مبرما بين جهة الإدارة المختصة بتنظيمه وبين فرد أو شــركة يعهد إليها باستغلال المرفق . وعادة ما يكون المتعاقد مع جهة الإدارةشــركة قــادرة على الوفاء بالأعمال والإنشاءات اللازمة لإدارة واستغلال المرفق .

أما إذا كان المتعاقد الآخر مع جهة الإدارة من أشخاص القانون العام، فلا يعتبر العقد التزاما .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الملـــتزم بـــإدارة المرفق العام – على ما يفيده نص المادة ٦٦٨ من القـــانون المدنى – هو من يربطه بالحكومة عقد التزام يكون الغرض منه إدارة مـــرفق عام ذى صفة اقتصادية لفترة معينة من الزمن ، ومن ثم فلا يعـــد المجلس البلدى "ملتزما" إذا ما أدار المرفق إدارة مباشرة لأن المجلس البلدى شخص من أشخاص القانون العام وفرع من فروع السلطة العامة عهـــد إليه القانون رقم ١٤٤ لسنة ١٩٤٥ ببعض اختصاصات الدولة فى شأن المرافق العامة " .

(طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/٨)

ونظرا لأن الملتزم هيئة خاصة وليس موظفا عاما ، فإنه يرتبط بالعاملين لديه بعقود عمل تخضع لأحكام القانون الخاص .

وتقـــوم هـــذه الهيئة الخاصة بجميع الإنشاءات الضرورية للمرفق على مســـئوليتها وليس على مسئولية الإدارة ، وعلى نفقتها تماما . كما أنها مسئولة عن الأضرار التى تصيب الأفراد نتيجة سير المرفق وهكذا لاتتحمل الإدارة مانحـــة الالـــتزام شيئا من النفقات أو المسئوليات المادية ، بل على العكس فإنه عادة يتضمن عقد الالتزام عودة المرفق بجميع إنشاءاته ومهماته

إلى الإدارة مانحـــة الالتزام بانتهاء العقد مما يعود على الدولة بفوائد مادية كبيرة [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " القـــاعدة فى عقود التزام المرافق العامة هى أن الملتزم يدير المرفق لحســـابه وعلى نفقته وتحت مسئوليته وتبعا لذلك فإن جميع الديون التى تترتب فى ذمة الملتزم أثناء قيامه بإدارة المرفق تعد التزاما عليه وحده ، ومن ثم فـــلا شـــأن لجهـــة الإدارة مانحة الالتزام بهـــا، فإذا هى أنهت الالتزام بالإسقاط وعاد المرفق إليها فإنها لا تلتزم بشئ من هذه الديون ما لم ينص فى عقـــد الالتزام على التزامها به . ذلك أن الملتزم لايعتبر فى قيامه بإدارة المـــرفق — لحسابه- وكيلا عن جهة الإدارة كما أنها لاتعتبر بمثابة خلف خاص أو عام له " .

(طعن رقم ١٢٥ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/١)

٢- " إسقاط الالتزام من شأنه- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يضع حدا فاصلا بين إدارة الملتزم وإدارة الدولة للمرفق ، وتكون جميع الالتزامات المترتبة فى ذمته أثناء هذه الإدارة عليه وحده ، ولا شأن لجهة الإدارة بها ما لم ينص فى عقد الالتزام أو غيره على خلاف ذلك أو كيفية

---

(١) الدكـــتور محمد رفعت عبد الوهاب القانون الإدارى الطبعة الأولى ١٩٨١ ص ١٠٧ .

تسوية حقوق الدائنين ، وإذ اعتبر الحكم المطعون فيه الطاعنة– هيئة النقل العــام بمديــنة القاهرة– خلفا لشركة الترام ، وألزمها على هذا الأساس وحده بجزء من التعويض المحكوم به للمطعون عليه الثالث — على الشركة المذكورة — فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون وبالقصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٥١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/١١/٣٠)

العنصر الثانى :

أن يكون محل العقد إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية .

وعــلى هذا نصت المادة ٦٦٨ مدنى صراحة بقولها : " التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى **صفة اقتصادية** " .

فالمرفق الذى يدار بطريق الالتزام أو (الامتياز) مرفق من طبيعة اقتصادية تجارية أو صناعية . لأن هذه المرافق هى التى تكون خدماتها مدفوعة بأجر يشجع الأفراد أو الشركات على الالتزام بإدارتها واستغلالها، على عكس المرافق الأخرى الإدارية التى تتسم بالمجانية ولا يتصور فيها نظام الالتزام أو (الامتــياز) ومن أمثلة المرافق الاقتصادية ، ما ذكرناه سلفا من التعاقد مع شركات تليفونات المحمول (كليك) و (موبينيل) وشركة الغاز، والكهرباء والمــياه، وأيضا مرافق النقل بالسيارات داخل المدن أو فيما بينها أو بين القرى والمراكز ومرافق النقل بالترام والنقل النهرى .

العنصر الثالث :

تحديد مدة معينة لالتزام المرفق :

تـــنص المادة (٦٦٨) مدنى على أن يكون لالتزام المرافق العامة " فترة معينة من الزمن " .

فـــلا يجوز أن يكون العقد مؤبدا أو لمدة غير معينة أو لمدة معينة بالغة الطول . وإنما يجب أن تكون المدة معقولة تكفل للملتزم استهلاك ما قام به من نفقات الإنشاء . وفوائد رأس المال الذى استثمره .

وشرط المدة هذا يميز عقد الالتزام عن الترخيص باستغلال مرفق عام، فالترخيص الأخير مؤقت بطبيعته ويمنح لأجل معين ، وغير قابلة للتجديد. ويحق لجهة الإدارة مانحة الترخيص إلغاؤه فى أى وقت طبقا لصريح نصها.

وقد وضعت المادة الأولى من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المـــرافق العامة حدا أقصى لمدة العقد بثلاثين سنة إذ نصت المادة على أن : "لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة" .

ورغم أن الدستور المصرى الصادر فى سنة ١٩٢٣ نص فى المادة ١٣٧ منه على أن التزامات المرافق العامة لا يمكن منحها إلا لمدة محدودة ، فقد جرى العمل فى ظله على منح التزام المرافق العامة لمدة طويلة جدا قد تصل إلى تسع وتسعين سنة مما يتعارض مع روح الدستور [(١)].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٥٩١ .

ولذلك نصت المادة الثالثة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على أن: " تسـري أحكام هذا القانون من وقت صدوره على الالتزامات السابقة مـع احترام المدد المتفق عليها بشرط ألا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ العمل به . وذلك مع عدم الإخلال بأحكام أى اتفاق صدر بقانون سابق على هذا القانون " .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون أن : " الأحكام الواردة فى المواد ٥، ٦، ٧ فى الواقع مجموعة من القواعد مستقلة عن شروط عقود الالتزام واجبة التطبيق ولو لم ينص عليها فى وثيقة الالتزام، بل ولو نص على شروط تعاقدية تخالفها ، إذ الأمر فيها يتعلق بمبادئ تعلو على الاتفاقات التى تعتبر قانونا للمتعاقدين. فيجب إذن أن يعمل بها من تاريخ نشرها فى كل التزام مهما يكن تاريخ منحه. وقد وضعت المادة الثامنة لتبين بنص صريح مدى تطبيق هذه الأحكام " .

وهـذا يعنى بالنسبة للالتزامات السابقة على صدور القانون أن تنقص المـدة الباقـية لها إلى ٣٠ سنة إذا كان ماتبقى من المدد الأصلية أزيد من ثلاثـين سنة ، ويدخل على هذا استثناء واحد فى حالة ما إذا وجد اتفاق يقضى بغير ذلك بين الحكومة والملتزم صدر بقانون سابق .

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

١- " يبين من مراجعة القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة أنه وضع لتنظيم العلاقة بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم فى شأن إدارة

المرفق العام الذى يعهد إلى الملتزم بالمشاركة فى تسييره على أساس أن عقد الالتزام يمنح لمدد طويلة نسبياً وليس قصيرة، وآية ذلك أن المادة الثالثة من القانون تنص على ما يأتى: " لايجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية فى صـــافى أرباح استغلال المرفق العام عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمـــرخص له من مانح الالتزام ، وذلك بعد خصم مقابل استغلال رأس المـــال ، ومـــا زاد على ذلك من صافى الأرباح تستخدم أولاً فى تكوين احتياطى خاص للسنوات التى تقل فيها الأرباح عن ١٠% وتقف زيادة هـــذا الاحتياطى حتى يبلغ ما يوازى ١٠% من رأس المال، ويستخدم ما يـــبقى من هذا الزائد فى تحسين وتوسيع المرفق العام أو فى خفض الأسعار حسبما يرى مانح الالتزام " فهذا النص يفترض أن الالتزام لا يمنح إلا لمدد طويلـــة نسبياً تعد بالسنوات ، ذلك لأن الفقرة الأولى منه نصت على ألا تحصـــل نســـبة الربح إلا بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال، وقضت الفقـــرة الثانية بأن مازاد على الأرباح عن تلك النسبة يستخدم فى تكوين احتـــياطى للسنوات التى تقل فيها نسبة الأرباح عن ١٠% ، ويضاف إلى ذلك أيضا أن الزيادة التى تجنب من أرباح الملتزم لا تمنح إلى جهة الإدارة مانحـــة الالتزام ، وإنما تخصص باعتبارها قد استقطعت من أرباح الملتزم لمواجهـــة الخســـارة أو النقص فى الربح الذى قد يصيب الملتزم فى بعض سنوات الاستغلال، أو تستخدم فى تحسين وتوسيع المرفق العام، وليس من

شك فى أن هذه الأحكام كلها مستحيلة التطبيق على التراخيص التى قد تمـنح لاسـتغلال بعض المرافق العامة لأنها مؤقتة بطبيعتها وتمنح لآجال قصيرة ، وغير قابلة للتجديد ويحق لجهة الإدارة مانحة الترخيص إلغاؤها فى أى وقت طبقا لصريح نصوصها ، ومن ثم فلا تسرى عليها أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المشار إليه لأنها مقصورة التطبيق على عقود التزام المرافق العامة دون غيرها " .

(طعن رقم ٤٤٠ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٧٠/١/١٧)

٢- " إن المشرع فرق بين عقد التزام المرفق العام وبين الترخيص المؤقت فى الشروط والأحكام المنطبقة على كل منهما ، فقد أخضع عقد الالتزام فيما يتعلق بالأرباح التى يحققها الملتزم إلى الأحكام المضمنة فى القانون رقم ١٢٩ لسـنة ١٩٤٧ بينما أخضع التراخيص المؤقتة التى قد تمنحها جهة الإدارة إذا ما تعذر منح الاستغلال عن طريق الالتزام للشروط التى يحددها وزير المواصلات ، وإذا كان القانونان المشار إليهما لا ينطبقان على خطوط أتوبيس مدينة القاهرة وإنما يسريان على خطوط أتوبيس الأقاليم وحدها، غـير أنهما يكشفان بوضوح وجلاء عن أن المشرع نفسه يفرق بين عقد الالتزام وبين الترخيص المؤقت فى شأن الأحكام المنطبقة على كل منهما ، وهذا يؤكد ما سبق ذكره من أن أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة لا يسرى على التراخيص المؤقتة إذا خلت من نصوص صريحة توجب تطبيق أحكامه عليها" .

(طعن رقم ٤٤٠ لسنة ١١ق جلسة ١٩٧٠/١/١٧)

١٩٧ـ الطبيعة القانونية لعقد التزام المرافق العامة :

تعـــددت المذاهـــب فى الطبيعة القانونية لعقد التزام المرافق العامة إلى مذاهب ثلاثة هى : .

المذهب الأول :

اعتـــبرت بعض الدول أن عقد الالتزام إنما هو وليد أمر انفرادى تقوم السلطة العامة بإصداره مستندة على ولايتها الآمرة ويقوم الملتزم بالخضوع له بمحض إرادته عندما يقبل شروط الالتزام . وقد سادت هذه النظرية فى الفقه الألمانى وتأثربها الفقه الإيطالى حتى أوائل القرن الحالى .

وهذه النظريةمن شأنها أن تقوى مركز الإدارة بينماتزهق مركز الملتزم إزهاقاكبيرا ، إذ تخول للإدارة التدخل فى كل وقت لتعديل شروط الالتزام وإلغائه . وفى الوقت ذاته تغفل إلى حد كبير نصيب الملتزم فى إبرام العقد إغفـــالا لا يتناسب مع الدور الذى يقوم به والنفقات التى يبذلها فى سبيل المرفق .

المذهب الثانى :

ســـادت فكرة تعاقدية فى فرنسا حتى بداية القرن العشرين وفى مصر حـــتى الربع الأولمن هذا القرن. وخلاصة هذه الفكرة أن التزام المرافق العامة ماهوسوى عقد من العقود يتضمنالسماح للملتزم باحتلال الدومين العام، والحصول على بعض الرسوم من المنتفعين بالمرفق . وبما أن الالتزام

إنما ينظم المرفق العام ويعده ليكون تحت تصرف المنتفعين فمن الطبيعى أن تقول هذه النظرية أن هنالك اشتراطا لمصلحة الغير ، إذ أن السلطة مانحة الالتزام إنما تشترط لصالح المنتفعين .

وقد انتقدت هذه النظرية بأن مركز المنتفعين لا يمكن أن يتحدد بواسطة الاشـتراط لمصـلحة الغـير، لأن الأمر يقتضى أن يكون الغير أشخاصا محدودين بذواتهم ، ومن ناحية ثانية فإن توافق الإرادتين الذى قد تراه فى عقد الالتزام لا يمكن أن ينتج عنه عقدا عاديا ، لسبب بسيط هو أن محل هذا التوافق فى الإرادتين إنما هو تنظيم المرفق العام وتنظيم نشاطه . وهذا الأمر يخرج بطبيعته عن النطاق التعاقدى لأنه يدخل فى اختصاصات السلطة العامة وحدها دون سواها .

كمـا أن الأخـذ بالنظرية التعاقدية إنما يتجاهل مبدأ من أهم المبادئ الأساسـية فى سير المرافق العامة هو مبدأ قابلية القواعد المنظمة لها للتغيير والـتعديل فى كل وقت ، والنظرية التعاقدية سوف تقف حجر عثرة فى سـبيل ذلك ، لأن أى تعديل يجب أن يوافق عليه الملتزم وقد لا يوافق، فيلحق المرفق من هذا ضرر ليس باليسير. ولهذا فقد عدل عن الفكرة التعاقدية إلى فكرة أخرى .

المذهب الثالث :

الالتزام عمل قانونى مركب (actmixte) وهذه الفكرة نادى بها العميد دوجى وفحواها أن عقد الالتزام إنما هـو عقد ذو طبيعة مختلطة تعاقديـة

ولائحية معا، بمعنى أن شروط هذا العقد ذات طبيعة لائحية والبعض الآخر ذات طبيعة تعاقدية ، ومن الطبيعى أن يكون الأمر كذلك ، لأنه من غير المعقـــول أن تكون نصوص العقد كلها لائحية ومن غير المعقول أيضا أن تكـــون النصوص كلها تعاقدية . فالالتزام وإن كان محله فعلا أحد المرافق العامـــة إلا أن القائم به هو فرد يسعى إلى تحقيق بعض الربح . ولهذا فإذا نظرنا من زاوية الشروط اللائحية فإن الالتزام يصبح بالنسبة للملتزم عملا شـــرطيا يقبل به السهر على إدارة المرفق فى ظل القواعد المنظمة له والتى تستطيع الإدارة أن تغيرها فى كل وقت مع مراعاة التوازن المالى للعقد بطبيعة الحال . وإذا نظرنا من زاوية الشروط التعاقدية فإنها تضع الملتزم فى مركز قـــانونى ذاتـــى أو شخصى لا يمكن المساس به من جانب الإدارة ، لأنه يشمل المزايا المالية التى تحدد التوازن المالى للعقد[1] .

(أنظر فى الشروط اللائحية والشروط التعاقدية البند التالى) .

١٩٨ـ طبيعة عقد الالتزام فى القانون المصرى :

ذهـــب القضاء فى أول الأمر إلى اعتبار التزام المرافق العامة من عقود القانون المدنى، يخضع لما تخضعه هذه العقود من قواعد . ولكنه عدل عن هذا الرأى وكان ذلك أولا فى أحكام المحاكم المختلطة، وأخذ بالمذهب الثالث

---

(١) راجـــع فى عـــرض هـــذه النظريات الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى القانون الإدراى الجزء الأول ١٩٨٧ ص ٢٤٦ وما بعدها .

الـــذى يرى أن عقد الالتزام عمل قانونى مركب ، فعقد الالتزام ليس من جهة عقدا مدنيا، ولا هومن جهة أخرى تصرف قانونى من جانب واحد. بـــل هـــو عقد إدارى . فعقد الالتزام إذن بالرغم من أنه عقد يتكون من توافـــق إرادتـــين إرادة السلطة الإدارية وإرادة الملتزم، إلا أنه لا يخضع فى جمـــيع مشـــتملاته لقواعد القانون المدنى ،بل يخضع للقانون الإدارى فى نواحيه المتعلقة بتنظيم المرفق وإدارته وأسعاره المقررة .

وقـــد أفصح عن هذا الاتجاه تعريف المادة (٦٦٨) مدنى لعقد الالتزام بأنه عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة القائمة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن .

كما أن المادة السابقة كان أصلها فى المشروع التمهيدى برقم (٩٠٦) وكانت تنص على أن : "١- التزام المرافق العامة عقد إدارى، الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية . ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيمهذه المرافق وبين الفرد أو الشركة التى يعهد إليها باستغلال المرفق عدة من السنين" .

٢- ويكـــون هذا العقد الإدارى هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائـــه من عقود . فيوجب على الملتزم أن يؤدى الخدمات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين . ومن يستجد منهم لقاء ما يدفعونه .

مـــن جعل تحدده قائمة الأسعار التى تقررها جهة الإدارة " ـ غير أنه فى لجنة المراجعة عدلت المادة وأغفل وصف العقد بأنه " إدارى"، ويغلب أن يكـــون الســـبب راجعا إلى الرغبة فى تجنب مذهب فقهى فى النصوص التشريعية [1].

وعلى ذلك يخضع عقد الالتزام لنوعين من القواعد .

النوع الأول :

نصوص تعاقدية :

وهذه تخضع للقانون المدنى ، فلا يجوز نقضها ولا تعديلها إلا باتفاق الطرفين . وهى تشمل الأعباء المالية المتبادلـــة بين مانح الالتزام من ناحية وبين الملتزم من ناحية أخرى ، ومدة الالتزام وكيفية استرداده وما يتعلق بتنفيذ الأشغال العامة التى يقتضيها الالتزام .

وهذه الشروط لاتهم المنتفعين بالمرفق مباشرة. ولايحق للإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة .

والنوع الثانى :

نصوص تنظيمية أو لائحية :

وهذه النصوص لايقتصر أثرها على الملتزم ومانح الالتزام ، وإنما تمتد إلى المنـــتفعين ، وهـــى الخاصة بتنظيم المرفق العام وسيره ، كتحديد طريقة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٧١ وما بعدها .

الاســتغلال ، وتحديــد الرسوم التى يجوز تحصيلها ، والإجراءات الكفيلة بحفــظ سلامة المنتفعين ، وشــروط الانتفاع بالخدمة التى يقدمها المرفق ...الخ .

والنصوص التنظيمية أو اللائحية، تغدو كما لو كانت قانونا للمرفق، وبالتالي فإن الإدارة تستطيع أن تعدلها دائما بإرادتها المنفردة ، ولاتستطيع جهة الإدارة أن تجرد نفسها من هذه الولاية باتفاق خاص أو تحرم نفسها من حق استرداد المرفق قبل انقضاء مدته إذا اقتضت المصلحة ذلك .

وبصفة عامة يعتبر نصا تعاقديا كل ما أمكن الاستغناء عنه لو أن المرفق أدير عن طريق الإدارة مباشرة ، بينما تعتبر لائحية النصوص التى تبقى لو أدير المرفق العام [1].

وقد جاء بمناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أنه :

"ويلاحظ أنالتزام المرافق العامة يعالجمنناحيتين فهوبالنسبة إلى العلاقة بــين مــانح الالتزام (الحكومة أو الهيئاتالبلدية) والملتزم يخضع لأحكام القــانون الإدارى لأن مــا يرد من شروط عن طريقة إدارة المرفق ومدته وغــير ذلــكله صفة اللائحة – ولذلك فإن هذه الشروط لا علاقة لها بالقانون المدنى .

أمــا بالنســبة للعلاقــة بين الملتزم **(concessionaire)** والمنتفعين **(usagers)** كمــا هو الحالمثلا فى علاقةشركة المياه بالمستهلكين فهذه

---

(١) سليمان الطماوى ص ٣٢١– محمد فؤاد عبد الباسط ص ٤٥٢ وما بعدها .

العلاقة تخضع لأحكام القانون المدنى و لم تكن منظمة بالتقنين الحالى فرأى المشـــروع أن ينظمها وخيرا فعل للقضاءعلى كثيرمن الخلاف فى تكييف هـــذه العلاقـــة. أما القانون رقم ١٢٩لسنة ١٩٤١ الخاص بالتزام المرافق العامة. فقد نظم العلاقة الأولى وهى العلاقة بين الحكومة (مانحة الالتزام) وبين الملتزم فأحكامه تعتبر فرعامن أحكام القانون الإدارى لأنه إنما يتناول شـــروطا لها كما قدمنا صفة اللائحة ولذلك لا شأن لأحكامه بالقانون المدنى "[١] .

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" ومـــن حيث إن المسلم به فقها وقضاء أن شروط عقد التزام المرفق العـــام تنقســـم إلى نوعين : شروط لائحية وشروط تعاقدية ، والشروط اللائحـــية فقطهى التى يملكمانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة فى أى وقـــت وفقـــا لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم، والمسلمبه أن التعريفة أو خطوط السير وما يتعلق بهما من الشروط اللائحـــية القابلة للتعديل بإرادة مانح الالتزام المنفردة، غير أنه وإن كان استعمال مانح التزام لحقة فى تعديل قواعد التعريفة أو خطوط السير لصالح المنـــتفعين ،إلا أن إيثار الصالح العامعلى الصالح الخاص للملتزمليس معناه التضـــحية بهذه المصالح الخاصة بحيث يتحمل الملتزم وحدهجميع الأضرار،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٧٣ وما بعدها .

فإذا ترتب على مثل هذا التعديل أضرار بالملتزم فعلى مانح الالتزام أن يعوضه بما يجبر هذه الأضرار ، ولقد أخذ المشرع المصرى بما استقر علية الفقه والقضاء الإداريان فى هذا الصدد ، إذ نص فى المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة على أن " لمانح الالتزام دائما - متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق موضوع الالتزام وقواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به ، وذلك بمراعاة حق الملتزم فى التعويض إن كان له محل ".

(طعن رقم ١١٠ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٣)

١٩٩ـ كيفية منح التزام المرافق العامة :

ينظم التزامات المرافق العامة القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة المعدل بالقوانين ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ ، ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥، ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ [1].

---

(١) وننشر القانون بنصوصه كاملة فيما يلى :

قانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٥٤ بالتزامات المرافق العامة

نحن فاروق الأول ملك مصر :

قرر مجلس الشيوخ ومجلس النواب القانون الآتى نصه ، وقد صدقنا عليه وأصدرناه :

مادة ١- لايجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة .

مادة ٢- يكون لمانح الالتزام الحق فى إعادة النظر فى قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية على الأسس التى تحدد فى وثيقة الالتزام .

=مـــادة ٣- لايجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية فى صافى أرباح استغلال المرفق العام عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال .

ومـــا زاد على ذلك من صافى الأرباح يستخدم أولا فى تكوين احتياطى خاص للسنوات التى تقل فيها الأرباح عن عشرة فى المائة .

وتقف زيادة هذا الاحتياطى متى بلغ ما يوازى عشرة فى المائة من رأس المال.

ويســـتخدم ما يبقى من هذا الزائد فى تحسين وتوسيع المرفق العام أو فى خفض الأسعار حسبما يرى مانح الالتزام .

مـــادة ٤- يجـــب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته .

مادة ٥- لمانح الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائـــم الأســـعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض إن كان له محل.

مادة ٦- إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولايد لمانح الالتزام أو الملـــتزم فـــيها وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالى للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصـــادى كمـــا كان مقدرا وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائـــم الأسعار وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فى استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول .

مـــادة ٧- (مســـتبدلة بالقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨) — لمانح الالتزام أن يراقـــب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحى الفنية والإدارية والمالية .

= وله فى سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه فى مختلف الفروع والإدارات — التى ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق — ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحى وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام .

ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزير مانح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام أن يعهد إلى ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية ، أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة .

كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفى وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولى أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة .

وفى هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحى التى نيط بها رقابتها وتقديم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام .

وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبى الجهات التى تتولى الرقابة وفقاً للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من أوراق أو معلومات أو بيانات أو إحصاءات كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الالتزام فى فحص الحسابات والتفتيش على إدارة المرفق فى أى وقت .

مادة ٨- تسرى أحكام هذا القانون من وقت صدوره على الالتزامات السابقة مع احترام المدد المتفق عليها بشرط ألا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ العمل به. وذلك مع عدم الإخلال بأحكام أى اتفاق صدر بقانون سابق على هذا القانون.

مادة ٨ مكررا (مضافة بالقانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥)- لايجوز الحجز ولا اتخاذ إجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرافق العامة .

=

غـــير أن هذا القانون لم ينص على طريقة منح الالتزام بالمرافق العامة. وهل يتم ذلك بمجرد اتفاق بين الإدارة والملتزم أو لابد من موافقة المجلس التشريعى فى صورة قانون .

وقد صدرالقانون رقم ٢٨٨ لسنة ١٩٥٦ فى شأن تعديل شروط التزام استغلال المرافق العامة فى دوائر اختصاص وزارة الشئون البلدية والقروية والمجالس البلدية ونص فى مادته الأولى على أن :

" لوزيـــر الشـــئون البلدية والقروية وللمجالس البلدية كل فى حدود اختصاصـــه تعديـــل شروط عقود التزام استغلال المرافق العامة — عدا ما كان من تلك الشروط خاصا بتحديد شخص الملتزم ومدة الالتزام ونطاقه والإتاوة فإنه يتعين صدور قانون بالإذن فى تعديلها " .

ثم صـــدر القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ (المعدل بالقانون رقم ١٥٢ لســـنة ١٩٦٠) فى شـــأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعـــية والمـــرافق العامة وتعديل شروط الامتياز ، ونصت مادته الأولى (المعدلـــة) على أن يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعـــية والمـــرافق العامة ، وكذلك أى تعديل فى شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الإتاوة (العائدات) بقـــرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة . ويكون تعديل ما عدا ذلك قرار من الوزير المختص .

مادة ٩- على الوزراء كل فيما يخصه تنفيذ هذا القانون ، ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

علـــى أنه بالنسبة إلى موارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمارها وتعديل شروطها بقرار من وزير الحربية إذا لم تجاوز مدة الامتياز خمس سنوات " .

ولــــا صدر دستور ١٩٧١ نص فى المادة ١٢٣ منه على أن : " يحدد القـــانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة .... إلخ " ، كما نصت المادة ١٤٦ منه على أن : " يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة ".

والمصالح العامة تعنى فروع الوزارات التى تقوم على مرفق عام، فيقوم المرفق العام غير متمتع بالشخصية الاعتبارية . أما المرافق العامة فهى تعنى كل هذه المرافق التى تتمتع والتى لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية .

فإنشاء المرافق العامة إذن — فى ظل النظام الدستورى الحالى– يمكن أن يتم بقرار من رئيس الجمهورية ويمكن أيضا أن يتم بأداة أعلى كالقانون، ولكن القانون لا يكون أداة لا زمة لإنشاء المرفق العام (١).

غير أنه يلاحظ أن المشرع الدستورى لم يخول رئيس الجمهورية الحق فى تفويض هذا الاختصاص إلى غيره .

---

(١) مصطفى أبو زيد فهمى ص ١٥٨ — إبراهيم شيحا وحسين عصمان ص ٣١.

وإذ كـــان المشرع الدستورى قد خول لجهة الإدارة حق إنشاء المرافق العامةعلىالنحو السابق ، إلا أن الأمرقديحتاج إلىضرورة الالتجاء للسلطة التشـــريعية لتقرير اعتمادات مالية لإنشاء بعض هذه المرافق . إذ لم يكن بمقـــدور الإدارة تدبـــير الأموال اللازمةلها . وفى هذه الحالة يكون طريق إنشاء المرافق العامة بقرارات جمهورية طريقا نظريا بل وموقوفا على إذن السلطة التشريعية بتقرير بعض الاعتمادات المالية .

كمايلاحظ أن الإدارة قد تضطر فى كثيرمن الحالات إلى وسيلة القانون لإنشـــاء بعض هذه المرافق ، وذلك فى حالة كون المرافق الجديدة المزمع إنشـــاؤها تـــؤدى إلى ضرورة التعديل فى القوانين القائمة تطبيقا للمبدأ الأصولى المعمول به فى القانون، وهو أنه لا يمكن تعديل قانون إلا بقانون.

٢٠٠ـ بعض التزامات حديثة للمرافق العامة :

صـــدر القـــانون رقـــم (١) لسنة ١٩٩٦ فى شأن الموانى التخصصية (الجـــريدة الرسمية العدد (٥) فى ١٩٩٦/٢/١) المعدل بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ (الجريدة الرسمية العدد ١٧(مكرر) فى ١٩٩٨/٤/٢٥)، ومـــن ضمن استثناءاته على أحكام القانونين رقمى ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، ٦١ لسنة ١٩٥٨ سالفى الذكر، ما تعلق بمدة الالتزام حيث جعلتها المادة (الـــرابعة مكـــررا) المضـــافة بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ مدة لاتزيد علىتسع وتسعين سنة .

وما نصت عليه ذات المادة من أن يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها- فى حدود القواعد والإجراءات الموضحة بالمادة- قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص [١] .

---

(١) وننشر القانون ومذكرته الإيضاحية فيما يلى :

قانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧
فى شأن منح التزام المرافق العامة
لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول

باسم الشعب
رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه ، وقد أصدرناه :

(المادة الأولى)

مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على الفضاء الجوى داخل الإقليم وبالأنظمة الخاصة بأمن المطارات والطائرات، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم ، أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين فى الداخل والخارج، لإنشاء وإعداد وتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال المطارات وأراضى النزول، أو أجزاء منها ، أو لتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال ما هو قائم من المطارات وأراضى النزول ، وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ فى شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز . ومع الالتزام بأحكام قانون الطيران المدنى الصادر بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٨١ وقانون رسوم الطيران المدنى الصادر بالقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٨٣ وبمراعاة القواعد والإجراءات الآتية :

(أ) — أن يتم اختيار الملتزم فى إطار من المنافسة والعلانية.

(ب) ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة .

=(ج) أن تحـــدد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التى تكفل حسن سير المرافق بانتظام وإطراد .

(د) ألا تسرى على المطارات وأراضى الـنزول محل الالتزام أحكام المواد ٤، ٥ ،٦ ، ٧ ، ٨ ،١١، ١٢ ، ٣١ مكـــررا (١) و٣١ مكرراً (٢) ،٣٦، ٣٧، ٣٨ ، ٣٩، ٤٠ ، ٤١، ٤٢، ٤٣، ٤٥، ٤٦ ، ٤٧، ٤٨، ٤٩ ، ٥٠، ٥١، ٥٢، ٥٣، ٥٤ ، ٥٥ ، ٥٦ ، ٥٨ ، ٥٨ مكررامن قانون رسوم الطيران المدنى المشار إليه، كما لايسرى عليها حكم المادة الثالثةمن القانون رقم ٢٠٩ لسنة ١٩٩١ المعدل لهـــذا القـــانون . ويتولى الملتزم تحصيل مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانـــتفاع والإشغال والاستغلال وقيمة استهلاك المياه والكهرباء بالفئات التى تحدد فى وثيقة الإلتزام .

(المادة الثانية)

مع مراعاة إشراف الهيئة المصرية العامة للطيران المدنى على عمليات تأمين سلامة الطـــيران والقـــائمين عليها والتحقيق فى المخالفات الخاصة بها ، وبمبدأ المعاملة بالمثل بالنسبة لفتح أى مكتب لمؤسسات النقل الجوى الأجنبية، يكون للملتزم بالنسبة للمطارات وأراضى النزول محل الالتزام السلطات والاختصاصات المسندة إلى الهيـــئة فى المـــواد ١٨و٢١و٦٨ مـــن قانون الطيران المدنى. وإلى السلطات المختصة بالطيران المدنى فى المادة ٥٧ من قانون رسوم الطيران المدنى. وذلك فى حدود الشروط الواردة فى عقد الالتزام .

(المادة الثالثة)

لايجـــوز الحجز أو اتخاذ أى إجراءات تنفيذ على المطارات وأراضى النزول محل الالتزام وما عليهامن مبان ومنشآت وأسلاك وأجهزة ومعدات ومحطات سلكية ولاســـلكية ومنارات وما بداخلها من مهمات وأدوات لازمة لسير المرفق العام محل الالتزام .

(المادة الرابعة)

يتعين على الملتزم المحافظة على المطارات وأراضى النزول محل الالتزام وما عليها مـــن مـــبان ومنشآت وأجهزة ومعدات مخصصة للاستعمال، وجعلها صالحة=

للاستخدام طوال مدة الالتزام ، وتؤول جميعها إلى الدولة فى نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة صالحة للاستعمال .

(المادة الخامسة)

يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه - أو تعديلها - وحصة الحكومة، فى حدود القواعد والإجراءات السابقة . قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص . ولا يجوز للملتزم أن ينزل عن الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء .

(المادة السادسة)

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ، ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره .

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وينفذ كقانون من قوانينها .

صدر برئاسة الجمهورية فى ٣٠ رمضان سنة ١٤١٧ هـ (الموافق ٨ فبراير سنة ١٩٩٧م) .

مذكرة إيضاحية
لمشروع قانون فى شأن منح التزام المرافق العامة
لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول

وافق مجلس الوزراء على أن يتولى القطاع الخاص إنشاء وإدارة واستغلال بعض المطارات وذلك عن طريق التزام المرافق العامة .

ومن ثم فقد أعد مشروع القانون المرافق على النحو الآتى :

تنص المادة الأولى على جواز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم ، أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين فى الداخل والخارج . لإنشاء وإعداد وتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال المطارات وأراضى النزول ، أو أجزاء منها ، أو لتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال ما هو قائم من المطارات وأراضى النزول.=

وذلـــك دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ فى شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الـــثروة الطبيعـــية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، ومع الالتزام بأحكام قانون الطيران الصادر بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٨١ وقانون رسوم الطيران المدنى الصادر بالقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٨٣ وبمراعاة القواعد والإجراءات الآتية :

– أن يتم اختيار الملتزم فى إطار من المنافسة والعلانية .

– ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة .

– أن تحدد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التى تكفل حسن سير المرفق بانتظام واضطراد .

– ألا تسرى على المطارات وأراضى النزول محل الالتزام أحكام المواد ٤و٥و٦ و٧و٨و١١و١٢و٣١ مكررا و ٣١ مكررا (١) و٣١ مكررا (٢) و٣٦و٣٧و ٣٨و٣٩و٤٠و٤١و٤٢و٤٣و٤٥و٤٦و٤٧و٤٨و٤٩و٥٠و٥١و٥٢و٥٣و٥٤ و٥٥و٥٦و٥٨ مكررا من قانون رسوم الطيران المدنى المشار إليه، كما لا يسرى عليها حكم المادة الثالثة من القانون رقم ٢٠٩ لسنة ١٩٩١ المعدل لهذا القانون، ويتولى الملتزم تحصيل مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانتفاع والأشغال والاستغلال وقيمة استهلاك المياه والكهرباء بالفئات التى تحدد فى وثيقة الالتزام.

وتخول المادة الثانية الملتزم السلطات والاختصاصات المسندة إلى الهيئة المصرية العامة للطيران المدنى فى المواد ١٨و٢١و٦٨ من قانون الطيران المدنى ، وإلى السلطات المختصـــة بالطيران المدنى فى المادة ٥٧ من قانون رسوم الطيران المدنى ، وذلك دون الإخـــلال بإشراف الهيئة المصرية العامة للطيران والقائمين عليها والتحقيق

وعلى نسق القانون القانون السابق صدر القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول (الجريدة الرسمية العدد (٦) مكرر فى ١٩٩٧/٢/٨) .

فى المخالفات الخاصة بها ، وبمبدأ المعاملة بالمثل بالنسبة لفتح أى مكتب لمؤسسات النقل الجوى الأجنبية .

وتحظر المادة الثالثة توسيع الحجز أو اتخاذ أية إجراءات تنفيذ على المطارات وأراضى النزول موضوع الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وأسلاك وأجهزة ومعدات ومحطات سلكية ولاسلكية ومنارات، وما بداخلها من مهمات وأدوات وآلات مخصصة لإدارة الالتزام .

وتوجب المادة الرابعة على الملتزم المحافظة على المطارات وأراضى النزول موضوع الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وجعلها صالحة للاستخدام طوال فترة الالتزام ، كما تنص على أن تؤول جميعها إلى الدولة فى نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة .

وأخيرا تنص المادة الخامسة على أن يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه — أو تعديلها— وحصة الحكومة ، فى حدود القواعد والإجراءات السابقة ، قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير النقل والمواصلات ، ولايجوز للملتزم أن ينزل عن الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء .

ومشروع القانون معروض للتفضل — فى حالة الموافقة — بتوقيعه وإحالته إلى مجلس الشعب ١٩٩٦/١٢/٢٥ .

وزير النقل والمواصلات

(مهندس / سليمان متولى)

وكـــان من استثناءاته، ما تعلق بمدة الالتزام حيث جعلتها المادة الأولى منه مدة لا تزيد على تسع وتسعين سنة .

وما نصت عليه المادة (٥) من أن يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامـــه – أو تعديـــلها- وتحديد حصة الحكومة ، فى حدود القواعد والإجراءات التى تضمنها القانون بهذا الخصوص ، قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح من الوزير المختص [١].

---

(١) وننشر القانون وأعماله التحضيرية فيما يلى :

قانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦
فى شأن الموانى التخصصية

باسم الشعب
رئيس الجمهورية
قرر مجلس الشعب القانون الآتى ، وقد أصدرناه :

(المادة الأولى)

تســـرى أحكـــام هذا القانون على موانى الصيد والتعدين والبترول والسياحة وغيرها من الموانى ذات الطبيعة التخصصية الواقعة على السواحل المصرية .

ويصـــدر بتحديد هذه الموانى ، وكذلك الشروط والإجراءات اللازمة لإنشاء تلك الموانى قرار من رئيس الجمهورية بناء على عرض وزير النقل والمواصلات بالتنسيق مع الجهات المعنية .

(المادة الثانية)

عـــلى الجهـــة الراغبة فى إنشاء ميناء تخصصى أن تتقدم بطلب بذلك إلى وزارة الـــنقل والمواصلات، وترفق بطلبها خطة إنشاء الميناء ، وتقوم الوزارة بإجراء=

الدراســـة الفنية لتقرير مدى صلاحية إنشاء الميناء المطلوب ، من حيث الموقع وإقامة المنشآت والتسهيلات الأرضية والمساعدات الملاحية اللازمة لخدمته .

وتخطر وزارة النقل والمواصلات الجهة الطالبة بالقرار الصادر بإنشاء الميناء، وتتولى الوزارة الإشراف الفنى على تنفيذ الميناء خلال فترة التنفيذ .

(المادة الثالثة)

تعتبر الموانى التخصصية القائمة حاليا والتى تنشأ مستقبلا على السواحل المصرية مـــوانى خاضـــعة لإشراف وزارة النقل والمواصلات ، وذلك لضمان استمرار صلاحيتها للعمل من ناحيتى السلامة البحرية والحفاظ على البيئة البحرية .

ولوزارة النقل والمواصلات أن ترخص للجهات المعنية فى إدارة الموانى التخصصية وتشغيلها وصيانتها للغرض الذى خصصت من أجله .

(المادة الرابعة)

مـــع مـــراعاة أحكام قانون رسوم الإرشاد والتعويضات ورسوم الموانى والمنائر والرسو والمكوث الصادر بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٣ يكون للوزير المختص الذى تتبعه الجهة القائمة بتشغيل الميناء أن يصدر قرارا بفئات التعريفة التى تخضع لهـــا الوحدات البحرية التى تستخدم الميناء ومنشآته وتسهيلاته ، ويبين القرار إجراءات تحصيل هذه التعريفة وحالات الإعفاء منها .

(المادة الرابعة مكررا)

(مضافة بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨)

مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على المياه الإقليمية والأنظمة الخاصة بأمن الموانى والسفن، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم، أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين فى الداخل والخارج لإنشاء موانى عامة أو تخصصـــية أو أرصـــفة متخصصـــة فى الموانى القائمة وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل استخدامها ، وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة ، والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨- .

-فى شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز ، وبمراعاة القواعد والإجراءات الآتية :

(أ) أن يتم اختيار الملتزم فى إطار من المنافسة والعلانية .

(ب) ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة .

(ج) أن تحدد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التى تكفل حسن سير المرفق بانتظام واطراد .

(د) أن يراعى الملتزم الحفاظ على الميناء أو الرصيف وجعله صالحا للاستخدام طوال مدة الالتزام .

(هـ) أن يلتزم بأحكام القوانين والقرارات المتعلقة بالموانى وبتنظيم الأنشطة التى تعمل بها .

(و) ألا ينزل عن الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء .

(ز) أن تئول جميع المنشآت إلى الدولة فى نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة .

ويصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها — فى حدود القواعد والإجراءات السابقة — قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص.

(المادة الخامسة)

يصدر وزير النقل والمواصلات اللوائح والقرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون.

(المادة السادسة)

لا تخل أحكام هذا القانون بالقواعد والأحكام الواردة بالاتفاقيات الدولية أو القوانين الصادرة فى هذا الشأن .

(المادة السابعة)

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ، ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره.

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وينفذ كقانون من قوانينها .

صدر برئاسة الجمهورية فى ٤ رمضان سنة ١٤١٦هـ (الموافق ٢٤ يناير سنة ١٩٩٦م) .

المذكرة الإيضاحية
لمشروع القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦

نظــرا لما أسفر عنه واقع العمل حاليا بالنسبة لإنشاء وإدارة واستغلال الموانى التخصصـــية وقـــيام بعـــض الجهات غير التابعة لوزارة النقل البحرى بإصدار قرارات تنظيمية لهذه الموانى .

ولمـــا كانت وزارة النقل البحرى وفقا لقرار رئيس الجمهورية رقم ٩٨٥ لسنة ١٩٧٢ بتنظيم وزارة النقل البحرى تختص طبقا للمادة الرابعة بالآتى :

(أ) رســـم السياســـة العامة والخاصة بإنشاء الموانى والمنائر وتطويرها وحماية الشـــواطئ بما يكفل رفع كفاءتهـــا لمواجهة المتطلبات المتزايدة فى حجم التجارة الدولية .

(ب) العمل على توفير جميع وسائل المساعدات الملاحية فى المياه الإقليمية لتأمين سلامة الملاحة بها .

(ج) إقـــرار السياســـة التى تقترحها الأجهزة التابعة للوزارة بشأن الإصلاحات والعمران اللازمة لوحدات النقل البحرى وأساطيل الصيد .

(د) وضـــع الخطط التى تتضمن سلامة وحدات النقل البحرى وكافة المنشآت الثابتة والمنقولة وكذلك الأجهزة والمعدات التى ترتبط بنشاط الوزارة والأجهزة التابعة لها وذلك بالتنسيق مع الأجهزة المختصة فى الدولة .

ولضمان إنشاء تلك الموانى على الأسس العلمية التى تتطلبها قواعد التشغيل بحريا ولـــتأمين سلامة الملاحة وتوفير المساعدات الملاحية والحفاظ على البيئة البحرية من التلوث وتكامل خدمات الموانى ، وكذا لضمان تطوير وصيانة هذه الموانى التخصصية وتدعيم مرافقها بما يكفل لها الاستمرارية ، فقد رئى إعداد قانون فى شأن إنشاء الموانى التخصصية .

=وقد أعد مشروع القانون المرافق متضمنا فى ديباجته الإحالة إلى القوانين ذات الصلة والمتعلقة بجنسية السفينة والرقابة عليها التقرير مدى صلاحيتها للعمل والرسوم التى تخضع لها بالإضافة إلى تلك التى يقررها مشروع القانون .

كما عنى المشروع بالإحالة إلى قرار رئيس الجمهورية رقم ٩٨٥ لسنة ١٩٧٢ بتنظيم وزارة النقل البحرى وتحديد اختصاصاتها تأكيدا للاختصاصات المشار إليها بعاليه .

وقد عددت المادة الأولى من المشروع أنواع الموانى التخصصية بحسب أنشطتها، كما أوضحت المادة الثانية سبل إنشاء الميناء التخصصى وما يتعين على الجهة الطالبة اتباعه من إجراءات والدور الذى تقوم به وزارة النقل البحرى بناء على طلب وتمويل الجهة الطالبة .

كما أوضحت المادة الثالثة تبعية الموانى التخصصية المنشأة حاليا والموانى التى تنشأ مستقبلا باعتبار أن النصوص السابق توضيحها من القرار الجمهورى رقم ٩٨٥ سالف الذكر تقرر أن رسم السياسة العامة بإنشاء الموانى وتطويرها والعمل على توفير وسائل المساعدات الملاحية فى المياه الإقليمية لتأمين سلامة الملاحة هو اختصاص وزارة النقل البحرى مما لا يسوغ معه تفتيت تبعية الموانى المختلفة بين الجهات المعنية التى تباشر نشاطها فيه ، ومع تخويل وزارة النقل البحرى صلاحية الترخيص للجهة الطالبة لتشغيل وإدارة الميناء للغرض الذى خصص من أجله .

وخولت المادة الرابعة من المشروع الوزير المختص الذى يتبعه الميناء التخصصى صلاحية تحديد تعريفة الخدمات التى تؤدى داخل الميناء نظير الانتفاع بالتسهيلات والخدمات الأخرى ولا يتعارض ذلك مع الرسوم المقررة بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٢ كما خولته كذلك سلطة الإعفاء من تلك التعريفة . =

ويتشـــرف وزيـــر النقل والمواصلات والطيران المدنى بعرض مشروع القانون مفرغا فى الصيغة التى أقرها مجلس الدولة للتفضل بإصداره .

وزير النقل والمواصلات والطيران المدنى

مهندس / سليمان متولى سليمان

القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦
تقرير لجنة النقل والمواصلات بمجلس الشعب
عن مشروع قانون فى شأن الموانى التخصصية

أحـــال المجلـــس بجلسته المعقودة بتاريخ ١٩٩٤/١١/٩ ، إلى اللجنة ، مشروع قـــانون فى شأن الموانى التخصصية ، انعقدت اللجنة أربعة اجتماعات لنظره فى ١٩٩٤/١٢/١٨ ، ٢٠، ٢١، ١٩٩٥/٣/٢٢ حضرها السادة :

١- عادل حسنى قاسم / وكيل أول وزارة النقل والمواصلات .

٢- اللواء هانى حسنى / وكيل أول وزارة النقل البحرى .

٣- المستشار محمود إمام عبد ربه / مستشار وزارة النقل البحرى .

٤- الدكتور تامر أبو بكر / نائب رئيس الهيئة العامة للبترول.

٥- حسين النويهى / رئيس الشئون القانونية بهيئة قناة السويس .

٦- مهندس عادل على راضى / رئيس الإدارة المركزية لتنمية المناطق السياحية بوزارة السياحة .

٧- الدكتور سيد رجب السيد/ المدير العام بمكتب السيد المهندس وزير النقل والمواصلات .

نظـــرت اللجنة مشروع القانون ومذكرته الإيضاحية واستعادت نظر الدستور وراجعت أحكام القوانين والقرارات الجمهورية التالية:

القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٤١ بشأن تسجيل السفن التجارية .

قـــانون رسوم الإرشاد والتعويضات ورسوم والموانى والمنائر والرسو والمكوث الصادر بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٣ .

القانون رقم ٢٣٢ لسنة ١٩٨٩ فى شأن سلامة السفن .

قانون التجارة البحرية الصادر بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠.

قـــرار رئـــيس الجمهورية رقم ٩٨٥ لسنة ١٩٧٢ بتنظيم وزارة النقل البحرى وتحديد اختصاصاتها .

قرار رئيس الجمهورية رقم ١٨٢ لسنة ١٩٩٤ بإعادة تنظيم وزارة النقل .

وعليه فقد أعدت اللجنة التقرير السادس عشر عن هذا المشروع بقانون خلال دور الانعقـــاد العـــادى الخامس من الفصل التشريعى السادس إلا أنه لم يتسن عرضه على المجلس وقتئذ .

فعقدت اللجنة اجتماعا لنظره فى ١٩٩٥/١٢/٢٤ حضره السيدان :

عادل حسنى قاسم / مستشار السيد المهندس وزير النقل والمواصلات .

المستشار / مهندس محمود كامل/ المستشار القانونى لوزارة النقل .

وخلال الاجتماع المشار إليه استعادت اللجنة نظر التقرير المشار إليه عن مشروع القانون المعروض حيث وافقت عليه وتعرضه فيما يلى :

إنه لما كان من الضرورى أن يكون إنشاء الموانى التخصصية كموانى الصيد والتعدين والبـــترول والســـياحة وغيرها من الموانى الواقعة على السواحل المصرية- على أساس علمية بحرية أمر تحتمه مقتضيات تحقيق سلامة الملاحة والحفاظ على البيئة البحرية من التلوث، وإمكان تكامل خدمات الموانى ، وتدعيم مرافقها بما يكفل لها الاستمرارية ، الأمر الذى يقتضى معه أن يكون إنشاء وإدارة واستغلال الموانى المشار إليها آنفا بقرار من وزارة النقل والمواصلات. خاصة وإن القرار الجمهورى رقـــم ٩٨٥ لسنة ١٩٧٢ بتنظيم وزارة النقل البحرى وتحديد اختصاصاتها، =

=قد أناط بوزارة النقل البحرى ، الوفاء بمتطلبات الاقتصاد القومى فيما يتعلق بقطاع الملاحة البحرية وصناعات النقل البحرى والعمل على تنشيطها، وعليه فقد نصت الفقرات ١٢ ،١٣، ١٧ من المادة الثانية من القرار المشار إليها على ما يلى :

مادة ٢- تباشر الوزارة الاختصاصات الآتية :

١٢- رسم السياسة العامة المتعلقة بإنشاء الموانى والمنائر وتطويرها وحماية الشواطئ بما يكفل رفع كفاءتها لمواجهة المتطلبات المتزايدة فى حجم التجارة الدولية .

١٣- العمل على توفير جميع وسائل المساعدات للملاحة البحرية فى المياه الإقليمية لتأمين سلامة الملاحة فيها .

١٧- وضع الخطط التى تتضمن تأمين سلامة وحدات النقل البحرى وكافة المنشآت الثابتة والمنقولة وكذلك الأجهزة والمعدات التى ترتبط بنشاط الوزارة والأجهزة التابعة لها وذلك بالتنسيق مع الأجهزة المختصة فى الدولة .

أيضا ولما كانت الفقرة الأولى من المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم ١٨٢ لسنة ١٩٩٤ بإعادة تنظيم وزارة النقل قد تضمنت النص على ما يلى :

تهدف وزارة النقل إلى ما يأتى :

١- تلبية احتياجات النقل بالبلاد بما يتمشى مع خطط التنمية القومية بوضع خطة شاملة لوسائل النقل ومرافقه وشبكاته فى إطار خطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية بما يكفل تحقيق التنسيق والتكامل بينها وتحقيق الربط بين أنشطتها وأنشطة القطاعات الأخرى، والعمل على تطويرها وفقا لأحدث الأساليب العلمية والتكنولوجية بما يحقق الاستفادة منها بأكبر قدر ممكن من الكفاءة الفنية، وعلى أساس اقتصادى أمثل مع العمل على صيانتها وتأمين سلامتها،=

-وتوفير العمالة الفنية المتخصصة فى فروع النقل المختلفة ورفع الكفاءة الإنتاجية للعاملين بمرافق النقل .

وإعمالا للقواعد القانونية المشار إليها فقد أعد مشروع القانون المعروض بهدف توحـيد جهة الإشراف على إنشاء وإدارة واستغلال الموانى التخصصية كموانى الصيد والتعدين والبترول والسياحة وغيرها من الموانى ذات الطبيعة التخصصية الواقعـة عـلى السواحل المصرية وإسنادها لوزارة النقل والمواصلات باعتبارها الجهـة المختصة بذلك قانونا ، هذا وقد احتوى مشروع القانون المعروض على ست مواد تضمنت المادة الأولى منه النص على سريان أحكام هذا المشروع بقانون عـلى موانى الصيد والتعدين والبترول والسياحة وغيرها من الموانى ذات الطبيعة التخصصية الواقعة على السواحل المصرية .

كما أوضحت المادة الثانية الالتزامات التى تقع على عاتق الجهة الراغبة فى إنشاء ميـناء تخصصى ، والمتمثلة فى أن على الجهة طالبة إنشاء الميناء أن تتقدم بطلب الإنشـاء إلى وزارة الـنقل والمواصلات مرفق بطلبها خطة إنشاء الميناء، بحيث تقوم الأخيرة بإجراء الدراسة الفنية لتقدير مدى صلاحية إنشاء الميناء المطلوب مـن حيـث الموقع وإقامة المنشآت والتسهيلات الأرضية والمساعدات الملاحية اللازمة لخدمته ، ثم يصدر بإنشاء الميناء التخصصى قرار من وزير النقل على أن يعقد الإشراف الفنى لوزارة النقل خلال فترة التنفيذ.

أما المادة الثالثة ، فقد أسندت تبعية كافة الموانى التخصصية المنشأة حاليا أو التى تنشأ مستقبلا لإشراف وزارة النقل باعتبارها جهة الاختصاص الأصيل فى رسم السياسة العامة لإنشاء الموانى والمنائر وتطويرها والعمل على توفير المساعدات للملاحة البحرية فى المياه الإقليمية لتأمين سلامة الملاحة فيها وحماية الشواطئ، بما يكفل رفـع كفاءتهـا لمواجهة المتطلبات المتزايدة فى حجم التجارة الدولية الأمر =

الـــذى لايســـوغ معه تفتيت تبعية الإشراف على تلك الموانى بين الجهات التى تباشـــر نشـــاطها فيه ، وحتى تكون هناك مرونة فى إدارة وتشغيل تلك الموانى وصـــيانتها لإمكان تحقيق أغراض إنشائها ، لذلك فقد أجازت الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من المشروع بقانون — لوزارة النقل أن ترخص للجهات المعنية فى القيام بأعمال الإدارة المشار إليها .

هـــذا وقـــد خولت المادة الرابعة من مشروع القانون المعروض الوزير المختص الذى تتبعه الجهة القائمة بتشغيل الميناء سلطة إصدار قرار بتحديد التعريفة التى تخضع لها الوحدات البحرية التى تستخدم الميناء ومنشآته وتسهيلاته، كما يبين القـــرار المشار إليه إجراءات تحصيل هذه التعريفة وحالات الإعفاء منها وذلك بما لا يتعارض وأحكام قانون رسوم الإرشاد والتعويضات ورسوم الموانى والمنائر والرسو والمكوث الصادر بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٣ .

أيضا ورب قائل أنه كان يجب النص على وضع حد أقصى للتعريفة التى ستفرض على الوحدات البحرية التى تستخدم الميناء ومنشآته وتسهيلاته وردا على ذلك فـــإن اللجنة تؤكد أن هذا التخوف لامحل له، وخاصة أن القرار الصادر بتحديد الـــتعريفة — وفقا لأحكام مشروع القانون المعروض — سيلتزم بكل من الفئات والحدود والأوعية المنصوص عليها فى القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٣ المشار إليه.

أيضـــا ولما كان من المقرر قانونا أن من شأن الاتفاقيات الدولية ترتيب حقوق وإنشـــاء الـــتزامات بين الأطراف المتعاقدة ، تكون لها قوة القانون بعد إلزامها والتصـــديق علـــيها ونشـــرها وفقا للأوضاع المقررة لذلك فقد تضمنت المادة الخامسة من مشروع القانون عدم إخلال أحكام هذا المشروع بقانون بالقواعد والأحكام الواردة بالاتفاقيات الدولية أو بالقوانين الصادرة فى هذا الشأن . —

وأخـــيرا فإن المادة السادسة من هذا المشروع بقانون تتعلق بتحديد بدء سريان هذا المشروع بقانون المعروض .

هـــذا وقد رأت اللجنة إدخال بعض التعديلات على نصوص المواد الواردة به كان من أهمها ما يلى :

١- استحدثت اللجنة مادة جديدة تحت رقم (٢) نصها الآتى :

١- " يحـــدد وزير النقل والمواصلات بقرار منه الموانى ذات الطبيعة التخصصية وكذلك الشروط والإجراءات اللازمة لإنشاء تلك الموانى بالتنسيق مع الجهات المعنية .

هـــذا وقد استحدثت اللجنة المادة المشار إليها ، بهدف ضرورة وضع الأمور فى نصابها بحيث يجب تحديد مدلول الميناء التخصصى، وذلك بالتنسيق مع الجهات المعنـــية فى هذا الخصوص، خاصة وأن مشروع القانون المعروض قد جاء خلوا من تعريف الميناء التخصصى حيث أورد أمثلة للموانى التخصصية .

٢- استبدال عبارة " موانى خاضعة لإشراف وزارة النقل والمواصلات" الواردة بالفقرة الأولى من المادة الثالثة بعبارة "من الموانى الخاضعة لإشراف وزارة النقل".

هذا وقد أدخلت اللجنة التعديل المشار إليه إحكاما للصياغة وحتى يحقق الغاية المنشودة من وراء إصدار مشروع القانون المعروض التى تتمثل فى كفالة حق وزارة النقل والمواصلات فى الإشراف على كافة الموانى التخصصية تحقيقا للصالح العام.

٣- استحدثت اللجنة مادة جديدة تحت رقم (٦) نصها الآتى :

" مـــع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخـــر، يعاقب بالحبس وبغرامة تعادل ضعف قيمة الأعمال المخالفة بما لايقل=

٢٠١ـ رقابة وإشراف جهة الإدارة على الملتزم:

يقـــع عـــلى جهة الإدارة أثناء سريان عقد الالتزام مسئولية الإشراف الفعـــال على الملتزم من أجل ضمان حسن سير المرفق طبقا لشروط عقد الالتزام وطبقا للمصلحة العامة لجمهور المنتفعين .

عن خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من يخالف أحكام المادة الثانية من هذا القانون ، وتزال المخالفة بالطريق بالإدارى على نفقه المخالف".

هذا وقد استحدثت اللجنة مادة جديدة تحت رقم "٧" نصها الآتى :

" يصـــدر وزير النقل والمواصلات اللوائح والقرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون" .

هذا وهذا استحدثت اللجنة نص المادة المشار إليها لإمكان تحقيق المرونة لتنفيذ أحكـــام هذا القانون خاصة وأن إعمال مواده تستتبع ضرورة إصدار قرارات وزارية منفذة لهذه المواد سيما وأن مشروع القانون قدجاء خلوا من هذا النص.

٥- استبدال عبارة " أو بالقوانين الخاصة الصادرة فى هذا الشأن" الواردة بعجز المـــادة الخامسة من مشروع القانون المعروض بعبارة " أو القوانين الخاصة التى تصـــدر فى هذا الشأن " هذا وقد أجرت اللجنة التعديل المشار إليه حتى يكون هناك اتساق مع ما يقتضيه مبدأ المواءمة التشريعية .

واللجـــنة توافق علىمشروع القانون ، وترجو المجلس الموقر الموافقة عليه معدلا بالصيغة المرافقة .

رئيس اللجنة

دكتور مهندس / سعد إبراهيم الخوالقة

وكـــثيرا ما ينص فى عقد الالتزام على ماهية الرقابة والإشراف الذى يثبت لجهة الإدارة على المرفق والإجراءات التى تتبعها فى سبيل ذلك .

وهـــذه السلطة تثبت أيضا لجهة الإدارة ، ولو لم ينص عليها فى عقد الالتزم وهذه الرقابة تكون رقابة شاملة سواء من الناحية الفنية أو الإدراية أو المالية ويكون لمانح الالتزام الحق فى أن يعهد إلى أية هيئة عامة أو خاصة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من كافة النواحى .

وقـــد نصت المادة السابعة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المعدلة بالقانونين رقمى ٤٩٧ لسنة١٩٥٧، ١٨٥ لسنة ١٩٥٨على أنه : "لمانح الالـــتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحى الفنية والإدارية والمالية .

وله فى سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه فى مختلف الفروع والإدارات التى ينشـــئها الملتزم لاستغلال المرفق — ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحى وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام .

ويجوز بقرارمن رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزيرمانح الالتزام أو المشـــرف علىالجهة مانحة الالتزام ، أن يعهد إلى ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية ، أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة .

كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفى وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتتولى أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة .

وفى هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحى التى نيط بها لرقابتها ، وتقديم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام .

وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبى الجهات التى تتولى الرقابة وفقا للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من أوراق أو معلومات أو بيانات أو إحصاءات، كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الالتزام فى فحص الحسابات والتفتيش على إدارة المرفق فى أى وقت " .

كما نصت المادة الخامسة على أن لمانح الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض إن كان له محل [1].

---

(١) وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ ما يأتى :

" حق الرقابة على الملتزم حق أساسى مرده فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره وانتظامه ، وهو حق ثابت للجهة مانحه الإلتزام ولو لم ينص عليه فى العقد، بل يظل موجودا طالما وجد المرفق العام وقد تضمن المشروع المقترح تعديل نص=

المـــادة ٧ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المشار إليه بما يكفل تحقيق رقابة أدق وأوفى على الملتزم لكفالة سير المرفق العام، فأكد لمانح الالتزام من حق تعيين مندوبـــين عنه فى مختلف الفروع والإدارات التى ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق لمراقبة إنشاء المرفق العام وضمان سيره من النواحى الفنية والمالية .

غـــير أن الصـــورة المتقدمة من الرقابة قد لاتكفى بذاتها لتأمين سير المرفق العام وتقضـــى على ما قد يصيب المرفق من اختلال فى مناحى سيره وأوجه الخدمات التى قدمها ، لذلك رؤى أن تكون الرقابة على إنشاء هذه المرافق وسيرها أدق وأوفى فلا تقف الجهة مانحة الالتزام عند وسيلة بعينها بل تترخص فى الجمع بين صور عدة من الرقابة أو فى اختيار بعضها دون الآخر وفقا لاحتياجات المرفق.

وتحقيقا لهذه الغاية أضيف النص على جواز تكليف ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المـــرفق العام وسيره من النواحى المالية ، وأن يعهد بالرقابة الفنية والإدراية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة .

كما أجيز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفى وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولى أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة .

ولـــئن كـــان المشروع قد تضمن صورا متعددة من الرقابة لكفالة سير المرافق العامة وانتظامها إلا أن اختيار أحد هذه الوسائل أو الجمع بينها مرده إلى الوزير المختص (أو الجهة المختصة) إذ يترخص فى تقدير ملاءمة كل منها لاحتياجات المـــرفق وما يقتضيه نظام سيره بما يحقق المصلحة العامة، فعلى ضوء احتياجات المرفق العام يقرر الوزير اختيار ما يناسبها من وسائل الرقابة وما يتلاءم معها من صورها فلا يجمع بين أكثر من صورة منها إلا إذا قدر أنها أدعى إلى تأمين سير المرفق وتغليب المصلحة العامة التى تتغياها العقود الإدارية".

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

١ - " إذاكان القرار الإدارى هو عمل قانونى غير تعاقدى يصدر عن إرادة منفردة من جانب إحدى السلطات الإدارية ويحدث بذاته آثارا قانونية معينة متى كان ذلك ممكنا وجائزاً قانوناً فإن العقد الإدارى شأنه شأن العقد المدنى من حيث العناصر الأساسية لتكوينه لايعدو أن يكون توافق إرادتين بايجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضى بين طرفين أحدهما هو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية ، بيد أنه يتميز بأن الإدارة تعمل فى إبرامها له بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها وذلك بقصد نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العام كما أنه يفترق عن العقد المدنى فى كون الشخص المعنوى العام يعتمد فى إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله إما بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص سواء كانت هذه الشروط واردة فى ذات العقد أو مقررة بمقتضى القوانين واللوائح أو بمنح المتعاقد مع الإدارة فيه حقوقاً لا مقابل لها فى روابط القانون الخاص بسبب كونه لايعمل لمصلحة فردية بل يعاون السلطة الإدارية ويشترك معها فى إدارة المرفق العام أو تسييره أو استغلاله تحقيقاً للنفع العام ، فبينما مصالح الطرفين فى العقد المدنى متساوية ومتوازنة إذ بكفتى المتعاقدين غير متكافئة فى العقد

الإدارى تغليـــبا للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة فى هذا الأخير سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقـــته وحـــق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التى يؤديهـــا وذلك بإرادتهـــا المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين وكذا حق توقيع جزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إدارى دون رضاء هذا المتعاقد إنهاء مبتسراً ودون تدخل القضاء ، هذا إلى أن العقد الإدارى تتبع فى إبرامه أساليب معينة كالمناقصة أوالمزايدة العامة أو الممارسة ويخضع فى ذلـــك لإجـــراءات وقواعد مرسومة من حيث الشكل والاختصاص وشـــرط الكتابة فيه التى تتخذ عادة صورة دفتر شروط ملزم إذا أبرم بناء على مناقصة أو مزايدة عامة أو تتم بممارسة جاوزت قيمتها قدراً معيناً ".

(طعن رقم ١٠٥٩ لسنة ٧ق جلسة ١٩٦٣/٥/٢٥)

٢- "إن العقـــود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه عـــلى تنفـــيذ العقود الإدارية ولها دائما حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام دون أن يحـــتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، كما يترتب عليها

كذلك أن للإدارة دائما سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام، ولا يكون للطرف الآخر إلا الحق فى التعويضات إن كان لها وجه ، وذلك كله على خلاف الأصل فى العقود المدنية التى لايجوز للطرف الآخر أن يستقل بتعديل شروطها أو فسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر، وإذا ما لجأت الجهة الإدارية إلى إنهاء العقد على هذا النحو وفقا لهذه الأسس فإن العقد ينحل ويعتبر كأن لم يكن ويعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فيرد كل منهما إلى الآخر ما تسلمه فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض " .

(طعن رقم ٨٨٢ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢)

٢٠٢- استرداد الالتزام قبل نهاية مدته :

يجوز لجهة الإدارة بإرادتها المنفردة استرداد الالتزام قبل نهاية مدته ، فذلك مما يدخل فى مطلق تقديرها . ولا يكون سببه حدوث تقصير أو أخطاء من جانب الملتزم وإنما رغبة الإدارة فى تحسين سير المرفق العام وإدارته بالطريق المباشر. وهو بهذا الشكل يتميز تميزا واضحا عن السقوط **أولاً** : لأنه ليس هناك تقصير جدى من جانب الملتزم فى قيامه بأعباء المرفق **وثانيا:** لأن الاسترداد يقتضى أن تدفع الإدارة للملتزم تعويضا يغطى ما فاته من ربح وما حل به من خسارة.

وقد نصت المادة الرابعة من القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على أنه يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته . وهذه

المادة تكفل تقدير التعويض للملتزم . غير أن حق جهة الإدارة فى سحب الالتزام أو إسقاطه قبل نهاية مدته ، ثابت لها باعتباره نوعا من الإلغاء الذى يجوز للإدارة أن تقوم به بمفردها بغير حاجة إلى نص فى العقد. وذلك إذا توافـــر شـــرطان : أولهما ، أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر إهماله أو يعجز عن تسيير المرفق بانتظام . وثانيهما ، وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع الجزاء[1] .

وفى هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" .. العبرة دائما بالمعانى لا بالألفاظ، فسحب الالتزام أو إسقاطه كلاهما مـــن الألفاظ المترادفة لمعنى واحد هو رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق قبل انـــتهاء مدته لمواجهة المخالفات الجسيمة التى يرتكبها الملتزم مع قيام حق مـــانح الالـــتزام فى هذه الحالة فى الاستيلاء على الأدوات اللازمة لإدارة المـــرفق جبراً عن الملتزم ، وليس صحيحا فى القانون أن هذا الجزاء لايجوز توقيعه إلا بحكم من المحكمة المختصة، إذ أن مانح الالتزام له سلطات عديدة يملـــك استعمالها فى حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب العقد، فله — بقرار منه— توقيع الغرامات المنصوص عليها بالعقد أو تنفيذ التزامات الملتزم على حسابه ، وكذلك له أن يتخذ ما يراه كفيلا لضمان سير المرفق، كما يثبت لمانح الالتزام دائما— بجانب هذه الجزاءات—

---

(١) مصطفى أبو زيد فهمى ص٢٧١ وما بعدها —محمد فؤاد عبد الباسط ص٤٦١.

إسقاط الالتزام إذا اختل المرفق اختلالا جزئياً أو كليا أو إذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة، غاية الأمر أنه يشترط فى هذا الصدد توافر شرطين أولهما أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر إهماله أو يعجز عن تسييره بانتظام، وثانيهما وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء- وقد توافر الشرطان السابقان فى النزاع الماثل ".

(طعن رقم ١١٠ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٣٠)

وإذا أنهت جهة الإدارة الالتزام بالاسترداد أو الإسقاط وعاد المرفق إليها، فإنها لاتلتزم بشئ من الديون ما لم ينص فى عقد الالتزام على التزامها بذلك، ذلك أن الملتزم لايعتبر فى قيامه بإدارة المرفق وكيلا عن جهة الإدارة ، كما أنها لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام له .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " القاعدة فى عقود التزام المرافق العامة هى أن الملتزم يدير المرفق لحسابه وعلى نفقته وتحت مسئوليته وتبعا لذلك فإن جميع الديون التى تترتب فى ذمة الملتزم أثناء قيامه بإدارة المرفق تعد التزاما عليه وحده ومن ثم فلا شأن لجهة الإدارة مانحة الالتزام بها فإذا هى أنهت الالتزام بالإسقاط وعاد المرفق إليها فإنها لا تلتزم بشئ من هذه الديون ما لم ينص فى عقد الالتزام على التزامها به ، ذلك أن الملتزم لايعتبر فى قيامه بإدارة المرفق ــ

لحسابه - وكيلا عن جهة الإدارة كما أنها لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام له " .

(طعن رقم ١٢٥ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/١)

٢-" القاعدة فى عقود التزام المرافق العامة هى أن الملتزم يدير المرفق لحسابه وعلى نفقته وتحت مسئوليته ، وتبعا لذلك فإن جميع الديون التى تترتب فى ذمته أثناء قيامه بإدارة المرفق تعتبر التزاما عليه وحده ولا شأن لجهة الإدارة مانحة الالتزام بها فإذا انتهى عقد الالتزام وعاد المرفق لجهة الإدارة فإنها لا تلتزم بشئ من هذه الديون إلا إذا وجد نص فى عقد الالتزام يلزمها بها، ذلك أن الملتزم فى إدارته المرفق لا يعتبر وكيلا عن جهة الإدارة ، كما أن هذه الجهة لاتعتبر بمثابة خلف خاص أوعام له " .

(طعن رقم ٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/٣٠)

٣- " إسقاط الالتزام من شأنه- وعلى ما جرى قضاء هذه المحكمة- أن يضع حدا فاصلا بين إدارة الملتزم وإدارة الدولة للمرفق ، وتكون جميع الالتزامات المترتبة فى ذمته أثناء هذه الإدارة عليه وحده ، ولاشأن لجهة الإدارة بها ما لم ينص فى عقد الالتزام أو غيره على خلاف ذلك أو كيفية تسوية حقوق الدائنين ، وإذ اعتبر الحكم المطعون فيه الطاعنة- هيئة النقل العام بمدينة القاهرة - خلفا لشركة الترام ، وألزمها على هذا الأساس

وحده بجزء من التعويض المحكوم به للمطعون عليه الثالث- على الشركة المذكورة- فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون وبالقصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٥١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/١١/٣٠)[1]

---

(١) كما قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان يبين من الأوراق أن الإدارة قد تولت بنفسها تسيير المرفق مؤقتا بموجوداته وعماله وموظفيه نفاذا للأمر العسكرى رقم ٨٩ سنة ١٩٥٤ الصادر بالاستيلاء المؤقت على المرفق ثم عادت وأسقطت الالتزام عن الملتزم السابق وظلت تدير المرفق حتى وضعت قائمة شروط جديدة لتسييره كان من بينها التزام الملتزم الجديد بتشغيل عمال الملتزم السابق بحيث تكون له الخيرة فى الاستغناء عمن يرى الاستغناء عنه من كبار موظفى الملتزم السابق ومن بينهم المطعون عليه الأول فلم يشأ الملتزم الجديد إبقاء الأخير وأخطر بذلك جهة الإدارة التى قامت بإنهاء العقد (المحدد المدة) وتحديد مكافأته ، وكان مؤدى ذلك أن إنهاء العقد قد وقع بناء على عمل إيجابى من جانب الإدارة بعد أن قبلت تنفيذه المدة من وقت الاستيلاء على المرفق — وبعد إسقاط الالتزام- حتى تاريخ إنهائها للعقد ، فحقت بذلك مساءلتها عن هذا الإنهاء وما يترتب عليه من نتائج ، وذلك بصرف النظر عن البحث فى آثار إسقاط الالتزام ومدى تقيد جهة الإدارة بآثار العقود والالتزامات المبرمة بين الملتزم السابق والغير . ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ أسس قضاءه بالتعويض عن فسخ الإدارة عقد المطعون عليه الأول من جانب واحد قبل انتهاء مدته ، لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٢٩٨ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٣)

٢٠٣- حقوق الملتزم :

يتولد عن عقد الالتزام بداهة حقوق للملتزم ، وهذه الحقوق يمكن إجمالها فيما يلى :

١- الانفراد باستغلال المرفق العام عن طريق الامتياز أو عن طريق الاحتكار . فقد يمنح الملتزم حق الامتياز ولا يمنح حق الاحتكار، ومن ثم يكون لغيره من الأفراد أو الشركات استغلال المرفق ، أى لايمنع من استغلاله، ولكن تتعهد جهة الإدارة بألاتمنح غيره من المنافسين التسهيلات التى تمنحها إياه ، كالترخيصات اللازمة والإعانات (١). فيصبح الملتزم محتكرا للمرفق احتكارا فعليا .

ويمنح الملتزم الاحتكار القانونى عادة فى المرافق العامة التى لاتحتمل المنافسة، إذ يكون فيها ضياع للأموال والجهود مثل مرفق السكك الحديدية فى منطقة معينة لايحتمل أن يديره أكثر من ملتزم واحد، وإلا كانت الجهود والأموال التى تبذل فى إدارة المرفق مضاعفة فى غير فائدة تعود على العميل ، إذ أن حمايته مكفولة من غير حاجة إلى المنافسة (٢).

٢- تمكين الملتزم من القيام بالأعمال اللازمة لإدارة المرفق واستغلاله:

وأول الوسائل المؤدية لذلك منح الملتزم التراخيص الإدارية اللازمة، وأن تسمح له باستعمال الطريق العام أو الأموال العامة التى يلزم استعمالها لإدارة المرفق .

---

(١) قدرى الشهاوى ص ٣٥٤ وهامش (١٩) .

(٢) السنهورى ص ٣٥٨ .

وقد تمنح الجهة الإدارية للملتزم معونة مالية فى صور مختلفة أو قروضا ترد على آجال طويلة ، ليستعين بها فى تسيير المرفق .

٣-اقتضاء رسم من المنتفعين بخدمات المرفق :

للملتزم الحق فى أن يتقاضى رسوما من المنتفعين بخدمات المرفق العام. وهذه الرسوم إنما هى مقابل الخدمة التى يقدمهالهم . وهى فى الوقت نفسه على جانب كبير من الأهمية إذ أنهــا المورد الرئيسى الذى ينفق منه الملتزم عــلى إعــداد المرفق ونشاطه . وهذا الرسم تسرى عليه أحكام القانون الإدارى . ويكون للسلطة الإدارية وحدهاحق تقرير هذا الرسم ، وتعديله أيضا بالرفع أو الخفض طبقا لمقتضيات المصلحة العامة .

وقد نصت المادة الثانية من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على أن يكون لمانح الالتزام الحق فى إعادة النظر فى قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية علي الأسس التى تحدد فى وثيقة الالتزام .

ولايجوزأن تتجاوز حصة الملتزم السنوية فى صافى أرباح استغلال المرفق العام عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال. وما زاد على ذلك من صافى الأربــاح يستخدم أولا فى تكون احتياطى خاص للسنوات التى تقل فيها الأرباح عن عشرة فى المائة .

وتقف زيادة هذا الاحتياطى متى بلغ ما يوازى عشرة فى المائة من رأس المـــال ويستخدم ما يبقى من هذا الزائد فى تحسين وتوسيع المرفق العام أو فى خفض الأسعار حسبما يرى مانح الالتزام (م٣) .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون ١٢٩ سنة ١٩٤٧ أن هذه المادة تنص على أنه لايجوز أن تجاوز حصة الملتزم الأولى فى صافى أرباح استغلال المـــرفق عشرة فى المائة من رأس المال الموظف فى المرفق والمرخص فيه من مانح الالتزام . ويجب أن يكون هذا المبلغ الحد الطبيعى لجزاء الملتزم، إذ لا يجـــوز أن يطمـــع كما هو الحال فى المشروعات الصناعية أو التجارية فى أرباح غير محدودة ، فإن استغلال المرفق العام ليست له صفة المضاربة التى تكون لمثل هذه المشروعات حيث يجب أن يقابل أخطارها الكبرى الأقل فى أرباح لاتكون دون تلك الأخطار كبرا وقدرا. والحق أن الملتزم يتمتع بمركز ممتاز، فإن له غالبا احتكار بحكم القانون أو الواقع يقيه المنافسة.

ومـــن جانب آخر فإن نظرية الظروف غير المتوقعة التى تقررها المادة السادسة من القانون تجعل الملتزم بمنجاة من الأخطار الكبرى التى تنتج عن حوادث لم يكن يستطاع توقعها . والتى تجعل استغلال التزام المرفق العام يعود عليه بالخسارة،وأخيرا فقد استقر الرأى فى السنوات الأخيرة على وجه الخصـــوص فى الفقـــه الفرنسى على أن ما فى التزام المرافق العامة من صفة

المصلحة العامة وماله من وثيق الاتصال بها لا يسمح للملتزم أن يجنى من استغلالها أرباحا باهظة يقع ضررها على الأخص على المنتفعين بها .

ويستند القانون فى تحديد حصة الملتزم الأصلية بعشرة فى المائة إلى التشريع البريطانى، ففى بريطانيا قوانين قديمة عن الالتزام الخاص بتوزيع المياه والإنارة والغاز

" The water Clause Act 1849 the Gasworks Clauses"

تنص على أنه لايجوز أن تجاوز أرباح الملتزم النسبة المحددة فى وثيقة الالتزام (وهى عادة عشرة فى المائة من رأس المال الموظف) ، فإذا لم تذكر أية نسبة منها فإنها تكون عشرة فى المائة . على أنه إذا زيد رأس المال فإن النسبة تخفض إلى سبعة فى المائة فيما يختص بالأرباح الناتجة منهذه الزيادة إذا كانت بطريق إصدار أسهم عادية وإلى خمسة فى المائة إذا كانت بطريق إصدار سندات .

وقد رئى من الأوفق أن يتخذ رأس المال الموظف فى جملته قاعدة للحساب على فرض أن مانح الالتزام أذن مقدما فى الحالتين بتحديد قدر المال الموظف وأن يطبق على هذا القدر أصلا وزيادة نسبة واحدة قدرها عشرة فى المائة ومازاد على هذا الربح يخصص بادئ ذى بدء لتكوين احتياطى يأخذ منه الملتزم ما يكفى ليكمل به حصة العشرة فى المائة التى سبق ذكرهاعندما لاتبلغ الأرباح هذه النسبة .فإذا بلغ الاحتياطى المذكور عشر رأس المال الموظف جاز أن يقسم فائض صافى الأرباح بين الملتزم ومانح الالتزام وفقا لنسب تبين فى عقد الالتزام أو أن يستخدم فى تحسين

المـــرفق وتوسيعه أو فى خفض الأسعار. ويجوز أن ينص عقد الالتزام على تطبيق اثنين منها دون الثالث ، فإذا لم ينص على شئ من ذلك كان لمانح الالتزام أن يقرر أى حل من الحلين الأخيرين اللذين ذكرا فى القانون يطبق بالنســـبة لفائض الأرباح إذا كان الحل الأول غير مقصود فى هذه الحالة ومانح الالتزام لم يتفق عليه مع الملتزم عند منح الالتزام[١] .

٤- التوازن المالى للمرفق :

إن الملتزم عندما قبل إدارة المرفق العام كانت لديه فكرة عن مدى حقوقه ومـــدى التزاماته ، وكانت نسبة تلك الحقوق إلى تلك الالتزامات تكون التوازن المالى للعقد ، إذ أن ماله من حقوق تعادل أو ترجح - فى نظره- ما عليه من التزامات وعلى هذه فقد قبل المخاطر المالية للمشروع بما تحمله تلك المخاطر من احتمال الربح والخسارة .

وهذا التوازن المالى للعقد، أى التوازن بين الحقوق والالتزامات يمكن أن يختل على إثر عوامل ثلاثة :

الأول: تعديـــلات تدخـــلها الإدارة على الشروط اللائحية - كأن تنقص الرسوم مثلا فتزيد من أعباء الملتزم . فتلحق به خسارة فادحة .

الثانى : إجراءات عامة إدارية أو تشريعية تصدرها الدولة ولا تعنى بها الملتزم بالذات وإنما تعنى بها الكافة ولكن يترتب عليها زيادة أعباء الملتزم، وتلحق به خسارة فادحة.

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٥٩٤ .

الثالث : حوادث طارئة غير متوقعة تأتى فتلحق به خسارة فادحة .

فأما عن العامل الأول ، فمن حق الملتزم أن يعوض عنه تعويضا كاملا لا يشمل فقط ما يكون قد لحقه من خسارة ولكن أيضا ما فاته من ربح عادى معقول . فإذا لحقته خسارة ما أو نقصت أرباحه العادية كان له أن يطالب بتعويض كامل عن ذلك ووجب على الإدارة أن تلبيه إلى طلبه .

أما عن العامل الثانى، وهو ما يطلق عليه المخاطر الإدارية فإنه يؤدى إلى تطبيق نظرية فعل الأمير أو عمل الحاكم .

وأما العامل الثالث ، فهو يؤدى إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة التى نقلت من القانون الإدارى إلى القانون المدنى .

والإدارة فى سبيل تحقيق التوازن المالى لها تعديل شروط عقد الالتزام أو رفع الأسعار حتى لا يتحمل الملتزم وحده كل الخسارة التى نجمت عن هذه الظروف الطارئة .

وتحقيق التوازن المالى للمرفق العام يحقق المصلحة المالية للمتعاقد وحقه فى التوازن المالى للعقد ،ويحقق أيضا حماية المصلحة العامة ومصلحة المرافق العامة، لأن إهدار مصالح المتعاقد المشروعة تضر بالمصلحة العامة من حيث أنهـــا لا تشجع الأفراد والشركات الكبرى على الإقبال على التعاقد مع الإدارة .

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" إن تدخــــل القضـــــاء الإدارى لتحقيق التوازن المالى للعقد الإدارى تطبيقا لنظرية فعل الأمرمناطه توافر شروط هذه النظرية ، ومن بينها شرط

أن يكـــون الفعل الضار صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة ، فإذا صدر هذا الفعـــل عن شخص معنوى عام غير الذى أبرم العقد تخلف أحد شروط نظـــرية فعل الأمير وامتنع بذلك تطبيق أحكامها ، ولكن ذلك الامتناع لايحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة إذاما توافرت شروطها" .

(طعنان رقما ١٥٦٢ لسنة ١٠ق ، ٦٧ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٨/٥/١١)

وفى الوجـــه المقابل إذا طرأت ظروف غير متوقعة وخارجة عن إرادة المتعاقدين تحقق للملتزم بسببها أرباح عادية لم تكن تتوقع وقت منح الالتزام وكـــان هذا الإخلال مبررا لإعادة النظر فى الشروط الأصلية الواردة فى الالـــتزام بالنزول بالأرباح الباهظة إلى القدر المعقول ، وأوجب ما يكون هذا الحل إذا كانت هذه الأرباح ناتجة عن أسعار مرتفعة جدا تحول دون وفاء المرفق العام بحاجات الجمهور أو تحقيق الضرورات العامة التى اقتضت إنشاءه [١].

وقـــد نصـــت على ذلك المادة السادسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بقولها : " إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولايد لمـــانح الالـــتزام فيها وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالى للالتزام أو إلى تعديـــل كيانه الاقتصادى كما كان مقدرا وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ .

المـــرفق العـــام وقواعـــد استغلاله وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فى استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول .

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" إن تطبـــيق نظرية الحوادث الطارئة فى الفقه والقضاء الإدارى رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإدارى حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر ، لم تكن فى حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولايملك لها دفعا، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها فى احتمال نصيب من الخسارة التى أحاقت به طول فترة الظرف الطارئ وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الإدارى واستدامة لسير المرفق العام الذى يخدمه ، ويقتصر دور القاضى الإدارى على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الالتزامات العقدية " .

(طعنان رقما ١٥٦٢ لسنة ١٠ق، ٦٧ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٨/٥/١١)

٢- " إن نظـــرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التى هى قوام القانون الإدارى كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة فرائد الجهة الإدارية هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام وحسن أداء الأعمـــال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة فى سبيل المصلحة العامة وذلك بأن يؤدى التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح وأجر عادل وهذا يقتضى من الطرفين التساند والمشاركة .

للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات . فمفـــاد نظرية الظروف الطارئة أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإدارى ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته وإذا كـــان مـــن شـــأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مســـتحيلا بـــل أثقل عبئا وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول وكانـــت الخســـارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التى يتحملها أى متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته فى هذه الخسارة التى تحملها فيعوضه عنها تعويضا جزئيا ، وبذلك يضيف إلى التزامات المتعاقد معـــه التزاما جديدا لم يكن محل اتفاق بينهماومؤدى ذلك أن يفرض على الدائـــن الـــتزام ينشأ من العقد الإدارى، هذا الالتزام هو أن يدفع الدائن للمدين تعويضا لكفالة تنفيذ العقد تنفيذاصحيحامتى كان من شأن الظروف أو الأحـــداث غير المتوقعة أن تثقل كاهل هذا المدين بخسارة يمكن اعتبارها قلـــبا لاقتصـــاديات العقد ، على أن التعويض الذى يدفعه الدائن يكون تعويضا جزئيا عن الخسارة المحققة التى لحقت المدين ، ولما كان التعويض الذى يدفع طبقا لهذه النظرية لا يشمل الخسارة كلها ولايغطى إلا جزءا مـــن الأضرار التى تصيب المتعاقد فإن المدين ليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة متميزة، ومن ثم يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقـــد واعتبارها قائمة أن يدخل فى الحساب جميع عناصر العقد التى تؤثر

فى اقتصـــادياته واعتبار العقد فى ذلك وحدة ويفحص فى مجموعه لا أن يـــنظر إلى أحـــد عناصره فقط بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التى يتألف منها ، إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا ومعوضا عن العناصر الأخـــرى التى أدت إلى الخسارة ، ومن ثم فإن انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها إلا بعد إنجاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد " .

(طعن رقم ٤٦ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٧٢/٦/١٧)

أمـــا تعديل العقد بعد إبرامه بإرادة مشتركة سوية لطرفيه معا شأن ما يترتب فى علاقات الأفراد فيما بينهم فلا يرتب لأى منها مثل هذا الحق فى التعويض إلا بقدر ما يثمره اتفاقهما المشترك.

وفى هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" ومن حيث أن حق المتعاقد فى العقد الإدارى فى التعويض العادل عن الأضرار التى تلحق بمركزه التعاقدى أو تقلب ظروف العقد المالية بسبب ممارسة جهة الادارة سلطاتها فى تعديل العقد وتحويره بما يتلاءم والصالح العـــام ،إنمـــا ينصرف أثره وتقوم مقتضايته حيث تمارس جهة الإدارة من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة تعديل العقد أثناء تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرفق العام- أما تعديل العقد بعد إبرامه بإرادة مشتركة سوية لطرفيه معـــا شأن ما يترتب فى علاقات الأفراد فيما بينهم فلا يرتب لأن منهما مثل هذا الحق فى التعويض إلا بمقدار ما يثمره اتفاقهما المشترك ، كذا فإن إعفاء المتعاقدمع الإدارةمن تنفيذ بعض التزاماته ومباشرة جهة الإدارة تنفيذها

بنفســـها فى إطار من حقهاالمقرر فى التنفيذ المباشر بعد أن يثبت تعثره فى هذا التنفيذ وتقاعسه عن النهوض بمقتضياته ، لا يستوى مسوغا لتعويضه عـــن هذا الإعفاء وإنما وعلى نقيض ذلك قد يستقيم وجها لمساءلته عن إخلاله بالتزامه وترتيب مسئوليته قبل جهة الإدارة عن هذا الخطأ العقدى ... إلخ " .

(طعن رقم ٥٦٢ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٧٨/٤/١٥)

غـــير أن جهة الإدارة لا تسأل عن اختلال التوازن المالى الذى يحدث نتـــيجة خطأ الملتزم ونزوله فى إدارة المرفق عنعناية الشخص المعتاد ، إذ يجب أن يتحمل هو ما ينجم له من خسارة .

٢٠٤ـ واجبات الملتزم :

تقع على عاتق الملتزم عدة واجبات ، تخلص فيما يلى :

١ – إقامة وتشييد المبانى والمنشآت اللازمة لتسيير المرفق . لأن كثيرا ما يحتاج المرفق إلى إنشاءات لازمة لتسييره . فمرافق النور والغاز تحتاج إلى مواسير فى جوف الأرض، وإعداد أجهزة الكهرباء وتقطير المياه . وما إلى ذلك . والغالب أن الذى يدفع جهة الإدارة إلى الالتجاء إلى طريقة الالتزام هو ما يتكلفه المرفق من نفقات باهظة فى إقامة المنشآت اللازمة لتسييره، ممـــا يجعـــلها تفضل أن تدير المرفق بطريق الالتزام ، فيتحمل الملتزم هذه النفقات حيث يستردها على المدى الطويل عن طريق استغلال المرفق وقد كفلـــت المـــادة ٨ مكـــررا من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المضافة

بالقانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ عدم الحجز أو اتخاذ إجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والمهمات المخصصة لإدارة المرافق العامة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الأصل فى المرافق العامة أن تتولاها الدولة إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن تعهد بإدارتها إلى فرد أو شركة. وسواء كان استغلال الدولة للمرفق العـــام بنفســـها أو عهدت به إلى غيرها فإن مبدأ وجوب اضطراد المرفق وانتظامه يستلزم أن تكون الأدوات والمنشآت والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرفق بمنجاة من الحجز عليها شأنها فى ذلك شأن الأموال العامة . وهـــذه القاعدة هى التى تعد من أصول القانون الإدارى قد كشف عنها المشرع فى القانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ — الذى أضاف المادة ٨ مكرر لقانون المرافق العامة رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ لتقضى بأنه "لا يجوز الحجز ولا اتخـــاذ إجـــراءات تنفـــيذ أخرى على المنشآت والأدوات والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرافق العامة " .

(طعن رقم ١٧٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/١)

٢- إدارة المرفق وهذا هوالالتزام الجوهرى فى ذمة الملتزم ، ومن أجله منح الالتزام . ويلتزم الملتزم فى إدارة المرفق بتنفيذ كافـــة الشروط الواردة بالعقد، وعادة توجد هذه الشروط بملحق يسمى دفتر الشروط .

وهـــذه الإدارة تقتضى من الملتزم وجوب مراعاة القواعد الأساسية فى ســـير المرافق العامة : مراعاة مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتسوية فى المعاملة بين جميع المنتفعين الذين يوجدون فى نفس الظروف ، ومبدأ سير

المرافق العامة بالسهر المتواصل على المرفق ليقدم خدماته للمنتفعين بانتظام واطراد.

ويجب أن يخضع الملتزم لإشراف وتوجيه جهة الإدارة، وأن ينفذ الأوامر التى توجهها إليه الإدارة أو من يمثلها فى نطاق سلطتها فى التوجيه والإشراف . ولايعفى المتعاقد من التزاماته إلا بسبب القوة القاهرة وحدها.

وقد سبق أن ذكرنا أن مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتعديل فى كل وقت يقضى بتنفيذ ما تجريه الإدارة من تعديلات على شروط العقد اللائحية مع المطالبة بالتعويض بعد ذلك إن كان له محل .

وقد سبق أن عرضنا لذلك تفصيلا فى موضعه .

ولايجوز للملتزم أن ينزل عن التزاماته أو يحيلها لغيره ، كما لايجوز له تنفيذها عن طريق مقاولين من الباطن إلا بموافقة صريحة وكتابية من جهة الإدارة .

وإذا حدث أن تنازل المتعاقد عن التزاماته أو بعضها فإن هذا التنازل لا يعتد به ويقع لا غيا أو باطلا، كذلك لو تعاقد من الباطن فإن هذا التعاقد يصبح كأن لم يكن فى مواجهة الإدارة ويبقى المتعاقد الأصلى وحده مسئولا أمامها .

كذلك لايجوز للمتعاقد أن يمتنع عن التنفيذ أو يتوقف عنه بحجة أن الإدارة قد أخلت بالتزاماتها فى مواجهته، فليس للمتعاقد إذن حق الدفع بعدم التنفيذ، فهذا الدفع المقرر للأفراد فى عقود القانون الخاص، غير جائز فى العقود الإدارية لما تتميز به من خصائص ولاتصالها بالمرفق العام الذى يجب

ن يســـير بانتظام واضطراد . طالما أن هذا التنفيذ ممكنا ، ثم يطالب فيما بعد جهة الإدارة بالتعويضات عن إخلالها بالتزاماتها [1].

وفى هذا قضت المحكمة الإدراية العليا بأن :

(أ) - " مـــن المـــبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص، مـــناطه احتـــياجات المـــرفق الذى يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصـــلحة العامـــة على مصلحة الأفراد الخاصة ، ولما كان العقد الإدارى يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقدمع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حـــيال المرفق، بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بـــأحد التزاماتها قبله ،بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر فى التنفـــيذ مادام ذلك فى استطاعته ، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالهـــا بالتزامها إن كان لذلك مقتض وكان له فيه وجه فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن تبعه فعله السلبى ".

(طعن رقم ٧٦٧ لسنة ١١ق جلسة ١٩٦٩/٧/٥)

(ب)- " ومن حيث إن فسخ العقد الإدارى كأصل عام أمر تترخص فـــيه جهة الإدارة وحدها ضمانا لحسن سير المرفق العام وليس للمتعاقد معها إلا حق المطالبة بالتعويض إن كان له مقتض وينبنى على ذلك أنه ليس للمـــتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ما وجدت

---

(١) محمـــد فؤاد عبد الوهاب ص ١٦٩ وما بعدها - مصطفى أبو زيد فهمى ص ٢٦٠ وما بعدها .

مـــبررات الفسخ بل يتعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم منه بذلك ، كما أن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام أيضا غير جائز فى العقود الإداريـــة لما تتميز به من خصائص ولاتصالها بالمرافق العامة التى يجب أن تسير بانتظام واطراد ومن ثم فلا يجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يوقف سير المرفق لأى سبب حتى ولو كان لخطأ أو تقصير من جانب الإدارة فى تنفيذ التزام من التزاماتها التعاقدية .... إلخ " .

(طعن ١٠٢٧ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٧٨/١/٢٨)

(العلاقة بين ملتزم المرفق والعملاء)

٢٠٥ـ تكييف العلاقة بين الملتزم والعميل :

استقر القضاء على أن العلاقة بين الملتزم بإدارة مرفق من المرافق الاقتصادية وبين العميل الذى يقدم له خدماته ، هى علاقة مدنية ، لانتفاء مقومات العقـــود الإدارية فيها ، وبالتالي يختص القضاء العادى بالفصل فيما يثور بشأنها من نزاع .

إذ قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

" يتعين لاعتبار العقد عقدا إداريا أن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عامـــا يـــتعاقد بوصفه سلطة عامة ، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصـــد تســـييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص. ولما كان العقد مثار النزاع قد أبرم بين الهيئة المدعية — الهيئة العامة للمواصلات السلكية واللاسلكية — والمدعى علـــيه بقصد الاستفادة من خدمات المرفق الاقتصادى الذى تديره الهيئة ، دون أن تكـــون له أدنى صلة بتنظيم المرفق أو تسييره ، فإنه يخضع للأصل المقـــرر فى شـــأن العقـــود التى تنظم العلاقة بين المرافق الاقتصادية وبين المنتفعين بخدماتها باعتبارها من روابط القانون الخاص لانتفاء مقومات العقود الإداريـــة فيها ، وبالتالي يكون العقد موضوع الدعوى عقدا مدنيا تختص جهة القضاء العادى بالفصل فيما يثور بشأنه من نزاع " .

(طعن رقم ٧ لسنة (١) قضائية "تنازع" جلسة ١٩ يناير سنة ١٩٨٠)

كما أفتت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فى الفتوى رقم ٤٠٣ فى ١٩٩٠/٤/١١ (جلسة ١٩٩٠/٣/٢١) بأن :

" العلاقة بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المنتفعين بها علاقة عقدية تخضع لأحكام القانون الخاص إذ فضلا عن أن تلك الأحكام تتفق مع طبيعة المرافق المذكورة ومع الأسس التجارية التى تسير عليها فإنه يتعين لاعتبار العقد إداريا أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفا فيه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بمرفق عام وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة فى القانون الخاص وهذه المقومات والخصائص لاتتوافر فى العقود التى تحكم العلاقة بين المرافق الاقتصادية وبين المنتفعين بها وترتيباً على ما تقدم ولما كان الثابت من الاطلاع على العقد المبرم بين هيئة البريد ووزارة السياحة أن الهيئة المذكورة استأجرت بموجب هذا العقد محلا بالسوق السياحى بالأقصر يشتمل على مكتب للبريد وسكن للوكيل وأن هذا العقد لايتضمن أية شروط استثنائية ومن ثم فإنه يعتبر من عقود القانون الخاص ويخضع لأحكام قانون إيجار الأماكن " .

٢٠٦ ـ حقوق المنتفع قبل الملتزم :

يتعين التفرقة فى حقوق المنتفع قبل الملتزم بإدارة المرفق العام بين حالتين:

الحالة الأولى :

قبل تعاقد المنتفع مع الملتزم :

رأيناسلفا أن للإدارة هيمنة تامة فيما يتعلق بإعداد المرفق العام وتشغيله. وهذه السلطات ليست بحقوق مطلقة مقررة للإدارة إن شاءت استعملتها أو تركتها، ولكنها حقوق مقررة لمصلحة المنتفعين الذين لاتربطهم بالملتزم رابطة مباشرة ومن ثم فإن للمنتفعين أن يطلبوا من الإدارة أن تتدخل لإجبار الملتزم على احترام شروط الالتزام .

فإذا منحت السلطة الإدارية التزاما بإدارة مرفق عام للمواصلات عن خطوط للأتوبيس ، وأخل الملتزم بشروط العقد ولم ينشئ كل الخطوط المتفق عليها أو ألغى بعض الخطوط بعد إنشائها ، وأصاب أحد الأفراد ضرر من جراء ذلك بأن لم يجد سبل المواصلات أمامه ممهدة ، أو امتنعت شركة الغاز أو الكهرباء عن التعاقد مع المنتفع دون حق، فإن له أن يطلب من جهة الإدارة أن تتدخل لإجبار الملتزم على احترام شروط الالتزام فإذا أهملت الإدارة فى أداء الواجب ، أو سمحت للملتزم بأن يتخذ إجراء لايتفق وشروط عقد الامتياز ، جاز للفرد أن يلجأ إلى محكمة القضاء الإدارى بالطريقة الآتية : يقدم من استوفى شروط الانتفاع إلى الإدارة طلبا للتدخل . فإذا ما أجابت بالرفض أو امتنعت عن الإجابة مدة ستين يوما، عد رفضها أو امتناعها قرارا إداريا مخالفا للقانون، وحق لمحكمة القضاء الإدارى إلغاؤه. وفى هذه الحالة يتحتم على جهة الإدارة أن تتدخل.

فالمقرر طبقا للمادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ (المعدل) بشأن مجلس الدولة، أن يكون مرجع طلب إلغاء القرارات الإدارية النهائية

عدم الاختصاص أو عيبا فى الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ فى تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة .

ويجـــوز للفرد أيضا إذا أصابه ضرر من خطأ الملتزم ، كأن يكون قد تعطلت له مصلحة جدية نتيجة انعدام المواصلات ، أو من عدم توريد الغاز أو الكهرباء ، مطالبة الملتزم بالتعويض [1].

الحالة الثانية :

بعد تعاقد المنتفع مع الملتزم :

تنص المادة ٦٦٩ مدنى على أن :

" ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذى يبرمه مع عميله بأن يؤدى لهذا العميل على الوجه المألوف، الخدمات المقابلة للأجر الذى يقبضه وفقا للشـــروط المنصـــوص عليها فى عقد الالتزام وملحقاته ، وللشروط التى يقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من قوانين " .

ومن ثم ينشأ للمنتفع الذى يتعامل مع المرفق حق شخصى قبل الملتزم طالما أدى رسم الخدمة المطلوب ، وذلك وفقا لشروط عقد الالتزام الذى أبـــرمه الملتزم مع جهة الإدارة، أو وفقا للشروط التى تقتضيها طبيعة العمل ويضعها الملتزم، ويقتضيها ما ينظم العمل من قوانين أخرى .

---

(١) سليمان الطماوى ص ٣٢٩ .

وكانت الفقرة الثانية من المادة ٩٠٦ من المشروع التمهيدى تنص على أن : " ويكـــون هذا العقد الإدارى (عقد الالتزام) هو المهيمن على ما يـــبرمه المقـــاول مـــع عملائه من عقود ، فيوجب على الملتزم أن يؤدى الخدمـــات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد مـــنهم ، لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التى تقدرها جهة الإدارة " ، كما جرت المادة ٩٠٣ من المشروع التمهيدى على أن : "فى المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة ، تنشأ الحقوق والالتزامات ما بين المقاول وعملائه من إذعان العميل الذى يريد استخدام المرفق العام لشروط موحدة تقـــرر هذه الحقوق والالتزامات ، وتكون من وضع المقاول نفسه أو من وضـــع الجهة الإدارية التى يتبعها المقاول نفسه أو من وضع الجهة الإدارية التى يتبعها المقاول فى إدارته للمرفق العام " .

وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، دون أن يذكر سبب الحذف. ويـــبدو أن الحـــذف يرجع إلى الرغبة فى تجنيب إيراد المذاهب الفقهية فى التشريع [١].

وإذا ثـــار ثمـــة نزاع بين الملتزم وبين المنتفع بصدد هذا الانتفاع كان للأخـــير اللجوء إلى القضاء العادى .كأن يكون المرفق قد قطع عنه خط التليفون ، أو أوقف مده بالكهرباء أو المياه أو الغاز .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٧٢ .

ويختص القضاء المستعجل بنظر هذه المنازعات إذا توافر فيها شرطا اختصاصه العامان وهما : الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق . ولاشك أن الاستعجال يكون متوافرا إذا قطع المرفق المياه أو الغاز أو الكهرباء عن المنتفع دون وجه حق .

أسعار الخدمات التى يؤديها المرفق العام

٢٠٧ـ النصوص القانونية :

المادة (٦٧١) :

" ١- يكون لتعريفات الأسعار التى قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التى يبرمها الملتزم مع عملائه ، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها .

٢- ويجوز إعادة النظر فى هذه القوائم وتعديلها، فإذا عدلت الأسعار المعمول بها وصدق على التعديل، سرت الأسعار الجديدة دون أثر رجعى من الوقت الذى عينه قرار التصديق لسريانها وما يكون جاريا وقت التعديل من اشتراكات فى المرفق العام يسرى عليه هذا التعديل من زيادة أو نقص فى الأجـــور وذلك فيما بقى من المدة بعد التاريخ المعين لسريان الأسعار الجديدة " .

المادة (٦٧٢) :

" ١- كل انحراف أو غلط يقع عن تطبيق تعريفة الأسعار على العقود الفردية يكون قابلا للتصحيح .

٢- فـــإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل ، كان له الحق فى استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة. وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام ، كان له الحق فى استكمال ما نقص من الأسعار المقررة، ويكون باطلا كل اتفاق يخالف ذلك ، ويسقط الحق فى الحالين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجور التى لا تتفق مع الأسعار المقررة" .

٢٠٨- مصدر القوة الإلزامية للأسعار التى يتقاضاها الملتزم:

مصدر القوة الإلزامية للأسعار التى يتقاضاها الملتزم ليس هو عقد الالتزام المبرم بين جهة الإدارة والملتزم أو العقد المبرم بين الملتزم والعميل، وإنما هو السلطة الإدارية وحدها ، سواء كانت السلطة الإدارية هى التى وضعت الأسعار ابتداء، أو أن الملتزم هو الذى اقترح هذه الأسعار ووافقت عليها السلطة الإدارية ، أو ناقشتها مع الملتزم ثم انتهت إلى الموافقة عليها.

ومن ثم لا يجوز للملتزم أن يعدل فى قائمة الأسعار دون موافقة جهة الإدارة ، إذ لابد من أن تراقب هذه الجهة التعديل الحاصل وتتبين مدى تمشيه مع الحدود المقررة بعقد الالتزام قبل أن تصدق عليه ، لأنه من جهة لايجوز أن يترك للملتزم وحده تقدير ذلك، كما أنه من جهة أخرى ليس لدى الجمهور من المستندات والوسائل ما يمكنه من التحقق من مشروعية هذا التعديل [1].

---

(١) وكانت هناك مادة فى المشروع التمهيدى برقم (٩٠٧) تنص على أنه : "١- مهما يكن نصيب الملتزم فى تحديد الأسعار التى يجب أن يؤديها عملاء المرفق العام ، أوفى اقتراحها ، أو فى مناقشتها، فإن ما يجب لهذه الأسعار من احترام يرجع إلى أن السلطة العامة هى التى حددتها أو صدقت عليها .
٢- وتكون لقوائم هذه الأسعار قوة اللائحة الإدراية وآثارها "- وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :
" يقرر هذا النص ما جرى عليه القضاء والفقه فى فرنسا من أن مصدر الالتزام فى قائمة الأسعار إنما يرجع إلى أن السلطة العامة هى التى حددتها أو صادقت عليها . وعلى هذا النحو يقطع المشروع برأى فى مسألة أثيرت أمام القضاء=

=المصرى بمناسبة نزاع بين شركة مياه الاسكندرية وأحد عملائها هل يجوز لملتزم المرفق العام، دون أن يتعدى الحدود المقررة بعقد الالتزام ، أن يدخل على الأسعار تعديلا يلزم به الجمهور بغير حاجة لتصديق السلطة العامة ؟ وقد اختلفت وجهات النظر فى هذه المسألة بين محكمة الاسكندية الابتدائية المختلطة ومحكمة الاستئناف المختلطة .

فقررت محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة بتاريخ ١٦ يونية سنة ١٩٢٣ (جازيت ١٣ ص ١٩٦ ن ٣٣٣) أنه لايجوز للشركة أن تعدل فى قائمة الأسعار دون تدخل البلدية ، إذ لا بد من أن تراقب السلطة العامة التعديل الحاصل وتتبين مدى تمشيه مع الحدود المقررة بعقد الالتزام قبل أن تصدق عليه، لأنه من جهة لايجوز أن يترك للشركة وحدها تقرير ذلك ، كما أنه من جهة أخرى ليس لدى الجمهور من المستندات والوسائل ما يمكنه من التحقق من مشروعية هذا التعديل . على أنه يجوز مع ذلك أن تلجأ الشركة صاحبة الامتياز إلى القضاء إذاما رفضت السلطات العامة أن تصدق على تعديل مشروع .

أما محكمة الاستئناف المختلطة فقد قررت بحكمها الصادر فى أول أبريل ١٩٢٤ (جازيت ١٤ ص ٢١٧ ن ٣٣٩) أنه لا يلزم تصديق جهة الإدارة على تعديل تجريه الشركة داخل الحدود المقررة بعقد الالتزام ، إذ ليس من حقها رفض مثل هذا التعديل . إنما على أى حال تلتزم الشركة بأن تقدم للسلطة العامة كل البيانات اللازمة فيما يتعلق بسير المرفق العام وعلاقاتها مع العملاء حتى تستطيع أن تستعمل جديا حقها فى الرقابة وحماية المصلحة العامة .

والمشروع يقرضمنا رأى محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة، ولايأخذ برأى محكمة الاستئناف المختلطة ، لأنه من المقرر الآن أن العقود التى تعقدها السلطات العامة لتنظيم المرافق العامة تختلف حتما من بعض النواحى عن العقود التى يعقدها الأفراد فيما بينهم ، وأن هناك بعض مبادئ أساسية تكون ما يمكن أن نسميه بالقانون الطبيعى للمرافق العامة (ومحكمة الاستئناف المختلطة =

وجعل النص لهذه الأسعار قوة القانون ، ومن ثم فإن هذه الأسعار تكـــون ملزمة للملتزم ، سواء فى مواجهة جهة الإدارة التى أبرمت العقد، أو بالنسبة للعميل الذى ينتفع بخدمات المرفق . فتعريفة الأسعار إنما تدخل ضمن الجزء اللائحى فى عقد الالتزام .

= نفسها كثيرا مارددت هذا المبدأ فى أحكامها ٦ يونية سنة١٩٢٩ب ٤١ ص ٤٤٩ — ١٠ يـــناير ســـنة ١٩٣٣ ب ٤٥ ص ١١٣- ١١ مايو سنة ١٩٣٣ جازيـــت ٢٤ ص ٣١ ن ٢٥) . ومـــن بـــين هذه المبادئ الأساسية مبدأ أن الاحـــترام الواجب للأسعار التى يؤديها عملاء المرفق العام ، مهما كان تدخل الملـــتزم فى تحديدها أو مناقشتها ، إنما يرجع إلى إقرار السلطة العامة لها . وهو مـــبدأ مقـــرر فى فرنسا(جيز Géze) النظرية العامة للعقود الإدارية ، الطبعة الثالـــثة، الجزء الثانى، ص٥٥٦- جوسران josserand : عقد النقل، ن١٢٣٥ ومابعدهـــا ،٢٣٥ وما بعدها) وقد طبقه مجلس الدولة مرارا (٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ شـــركة ترام بوردو. مجموعة أحكام مجلس الدولة ص ٩٩٧) وكانت محكمة النقض الفرنسية (٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٦ سيرى ١٨٩٧ — ١- ١٩٠) كمـــا أنه مقرر أيضا منذ الربع الأخير من القرن الماضى فى كل من التقنين الإنجليزى والأمريكى (أنظر جوسران ؟ عقد النقل ن ١١٧ — ١٢١).
فالمشـــروع إذن ، بإيراده لهذا النص الذى يحرم ملتزم المرفق العام من أن يعدل بإرادتـــه وحدهـــا فى قائمة الأسعار ، إنما يقدر ما هو معمول به لا فى التقنين الأوربى فحســـب ، بـــل أيضا فى التقنين العالمى " . وقد وافق مجلس النواب عـــلى المادة ، إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قررت حذفها " اكتفاء بالقواعد العامة "(مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص٧٨ الهامش ومابعدها).

وقد جعل النص للأسعار التى تقررها الجهة الإدارة " قوة القانون " ، وحظرت الاتفاق بين الملتزم والمنتفعين بالمرفق على تعديل هذه الأسعار. ومعنى ذلك أن هذه الأسعار تلزم الملتزم والمنتفعين على السواء ، سواء المنتفعين الموجودين وقت إبرام عقد الالتزام أو من يستواجد منهم فى المستقبل، فلا يجوز الاتفاق على زيادة هذه الأسعار أو تخفيضها .

٢٠٩ ـ جزاء الاتفاق على أسعار تخالف الأسعار المحددة :

أوضحت هذا الجزاء الفقرة الثانية من المادة (٦٧٢) مدنى بنصها على أن :

" فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل ، كان له الحق فى استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة . وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام ، كان له الحق فى استكمال ما نقص من الأسعار المقررة . ويكون باطلا كل اتفاق يخالف ذلك ، ويسقط الحق فى الحالين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجور التى لا تتفق مع الأسعار الزائدة " .

فإذا اتفق بين الملتزم والعميل على زيادة الأسعار ، أو حصل غلط فى السعر المحدد ضد مصلحة العميل ، كان للعميل الحق فى استرداد ما يزيد على السعر المحدد، ولايعتد بالاتفاق الذى تم على خلاف ذلك .

وإذا كان الاتفاق على سعر أقل أو حصل الغلط فى السعر ضد مصلحة الملتزم ، كان للأخير استرداد الباقى له من السعر ، دون الاعتداد بما يكون قد تم من اتفاق على خلاف ذلك .

وقد نص المشروع صراحة على بطلان الاتفاق المخالف سواء لمصلحة المنتفع أو لمصلحة العميل .

وقد وضع المشرع تقادما خاصا لاسترداد الزيادة فى السعر التى دفعها العميل ، وتكملة النقص فى السعر المستحق للملتزم ، وهو سنة من وقت قبض الملتزم للأجرة التى لاتتفق مع الأسعار المقررة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تنص المادة ٦٧٢ من القانون المدنى على أن : " كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق الأسعار على العقود الفردية يكون قابلا للتصحيح فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل كان له الحق فى استرداد ما دفعه زيــادة على الأسعار المقررة . وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام كان له الحق فى استكمال ما نقص من الأسعار المقررة . ويكون باطلا كل اتفاق يخالف ذلك . ويسقط الحق فى الحالين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجور التى لاتتفق مع الأسعار المقررة " . ومفاد هذا النص أنه لايطبق إلا على العلاقة بين الملتزم والمنتفع وأن حكم التقادم المنصوص عليه فى المادة المذكورة استثناء من القواعد العامة فى التقادم لايجوز التوسع فى تفسيره أو القياس عليه ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ طبق حكم المادة ٦٧٢ من القانون المدنى على العلاقة بين المنتفع بالتيار الكهربائى والمجلس البلدى — وهو لا يعد ملتزما — يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/٨)

٢١٠ـ إعادة النظر فى الأسعار المقررة :

تنص المادة الثانية من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٥٤ بالتزامات المرافق العامة على أن :

" يكون لمانح الالتزام الحق فى إعادة النظر فى قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية على الأسس التى تحدد فى وثيقة الالتزام " — والحكمة من منح السلطة الإدارية إعادة النظر فى قوائم الأسعار — على ما كشفت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون- أنه إذا كان الالتزام عقد لمدة طويلة ، فإنه يتعذر منذ بدء الالتزام تحديد قوائم الأسعار على وجه ثابت لا يتغير ، وهذه القوائم هى التى تحدد جزاء الملتزم ، وهى عبارة عن إتاوات يأذن مانح الالتزام للملتزم بتحصيلها من الأفراد الذين ينتفعون بالمرفق العام. ومن الجائز بعد مضى وقت معين أن تصبح تلك الأسعار غير ملائمة للظروف الاقتصادية الراهنة ، إما لأنها لاتكون كافية لجزاء الملتزم ، وإما لأنها تنقلب عبئا ثقيلا يبهظ المنتفعين بالمرفق العام . وحرصا على تلافى هذا التنافر وعلى الإقلال بقدر الإمكان مما يثيره هذا الموضوع غالبا من منازعات رؤى فى المادة الثانية تقرير مبدأ إعادة النظر الدورى فى الأسعار كقاعدة عامة. وترك ضوابط تطبيقها التى تختلف بحسب طبائع الالتزامات إلى وثائق تلك الالتزامات . وبذلك يمكن تحقيق تناسب شبه آلى بين الأسعار والأحوال الاقتصادية العامة القائمة فى وقت معين . ويكون ذلك التناسب تارة فى مصلحة الملتزم حين تقضى إعادة النظر إلى زيادة الأسعار، وتارة فى مصلحة المنتفعين إذا أدت تلك الإعادة إلى خفضها بسبب نقص تكاليف العمل عند القيام بها .

وواضح أن الحق فى تعديل الأسعار مقرر للسلطة الإدارية فقط، فلا يستطيع الملتزم إجبار السلطة الإدارية على رفع الأسعار ، ولايقدح فى

ذلك أن من حق الملتزم طلب المحافظة على التوازن المالى للعقد ، لأن الإدارة تســتطيع تسوية التوازن المالى عن أى طريق آخر كالإعانات مثلا. فهى تتمتع فى هذا الشأن بسلطة تقديرية(١).

٢١١ـ مبدأ سريان التعديل فى الأسعار :

يسرى التعديل فى الأسعار الذى قررته السلطة الإدراية ، سواء بالزيادة أو بالنقص من التاريخ الذى حدده القرار الصادر منها . فالتعديل يسرى بأثر مباشر ، ولكن ليس له أثر رجعى .

فيسرى على المنتفعين الذين يتعاقدون على الخدمة مع المرفق بعد تاريخ نفــاذ التعديل . أما يسرى على المتعاقدين مع المرفق قبل نفاذ التعديل إذا كـــان الاتفاق ساريا فى تاريخ نفاذه ، وذلك بالنسبة إلى المدة الباقية من الاتفاق ، أما بالنسبة للمدة الماضية فتحكمها الأسعار القديمة ، فلا يجوز للمنتفع المطالبة باسترداد الزيادة . ومثل ذلك اشتراكات السفر بالسكك الحديدية وسيارات النقل العام، إذ يصرف الاشتراك لمدة معينة .

٢١٢ـ واجب الملتزم نحو استمرار المرفق وانتظامه ومسايرته للتطور:

كانت المادة ٩١٢ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على أنه:

" على الملتزم بمرفق متعلق بتوزيع المياه أو الغاز أو الكهرباء أو القوى المحركة وماشابه ذلك أن يكفل الاستمرار فى أداء الخدمات التى يتكون منها المرفق. ويكون مرتبطا بذلك ،ليس إزاء الجهة التى منحته الالتزام وحدها،

---

(١) مصطفى أبو زيد فهمى ص٢٦٧ .

بـــل إزاء كل شخص أبرم معه عقدا فرديا" وقد وافق مجلس النواب على هـــذه المـــادة بعد تعديل لفظى أدخلته عليها لجنة المراجعة ، إلا أن لجنة القـــانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت المادة — وكما يبين من مناقشات اللجنة —حذفت المادة اكتفاء بالقواعد العامة وقواعد القانون الإدارى [١].

وحكـــم هذه المادة المحذوفة يتفق والقواعد العامة ، ومبادئ القانون الإدارى . فقـــد رأيـــنا أن الملـــتزم يلتزم بإدارة المرفق العام ، ويكفل له الاستمرار والانتظام والقابلية لمسايرة التطور .

فالحاجة الجماعية التى ينشأ المرفق لإشباعها بشكل كاف لاتعتبر أنهـــا أشـــبعت وأن المـــرفق العـــام قد حقق الغرض من وجوده إلا إذا تم هذا الإشباع بصفة دائمة ، فإذا كان المرفق العام هو تسيير سيارات أو ترام أو سكك حديدية ، تعين استمرار المرفق فى أداء خدماته للمنتفعين .

ويجـــب أن يســـير المرفق بانتظام ، فتكون الخدمة التى يقدمها المرفق منتظمة دون توقف، ففى المثال السابق لايجوز تعطيل سير خطوط المواصلات، أو تأخير سير القطارات أو السيارات عن مواعيدها .

ومادامت هذه المرافق تهدف إلى إشباع حاجة جماعية فيجب أن تتطور بتطور الطرق والوسائل والأساليب التى يتم بها إشباع هذه الحاجة الجماعية،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ١٨٩ الهامش وما بعدها .

ويكون لجهة الإدارة التدخل لتفرض على المرفق التعديلات الجوهرية التى يقتضيها تحقيق مصلحة الجمهور باتباع الوسائل المتطورة .

فـــيجوز للسلطة الإدارية أن تفرض على الملتزم زيادة عدد قطاراته أو سياراته إذا زاد عدد السكان فى منطقة ما، أو يزيدها فى فصل معين كفصل الصيف .

وإذا أعطيت شركة التزام إنارة إحدى المدن. وكان الشائع وقت إعطائها الالتزام أن تكون الإنارة بالغاز، ثم اقتضى التطور أن تكون الإنارة بالكهرباء. جـــاز لـــلإدارة أن تعدل من نظام المرفق وتفرض على الشركة أن تكون الإنارة بالكهرباء .مع تعديل الأسعار بما يتفق مع تكاليف الإنارة الجديدة[1].

٢٢٣ـ مـرافق تـوزيـع المـياه والغـاز والكهـرباء والقوى المحركة وماشابه ذلك:

تنص المادة (٦٧٣) مدنى على أن :

"١- على عملاء المرافق المتعلقة بتوزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحـــركة ومـــاشابه ذلك ، أن يتحملوا ما يلازم أدوات المرافق عادة من عطـــل أو خلل لمدة قصيرة ،كهذا الذى تقتضيه صيانة الأدوات التى يدار بها المرفق .

٢- وللملتزمى هذه المرافق أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف فى مدته أو فى جسامته إذا أثبتوا أن ذلك

---

(١) السنهورى ص ٣٩٢ .

يرجع إلى قوة قاهرة خارجة عن إدارة المرفق أو إلى حادث مفاجئ وقع فى هــذه الإدارة دون أن يكون فى وسع أية إدارة يقظة غير مقترة أن تتوقع حصــوله أو أن تــدرأ نتائجه ويعتبر الإضراب حادثا مفاجئا إذا استطاع الملتزم إقامة الدليل على أن وقوع الإضراب كان دون خطأ منه ، وأنه لم يكــن فى وســعه أن يستبدل بالعمال المضربين غيرهم أو أن يتلافى نتيجة إضرابهم بأية وسيلة أخرى " .

والفقــرة الأولى من المادة تعفى الملتزم فى المرافق المتعلقة بتوزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحركة وما شابه ذلك من المسئولية ، عما يحدث من أدوات المرفق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة ، كتلك التى تستلزمها صيانة الأدوات التى يدار بها المرفق .

أمــا إذا كان العطل أو الخلل الذى يحدث من أدوات المرفق ، يجاوز المألوف ، فإن معنى ذلك أن الملتزم قد أخل بالتزاماته تجاه السلطة الإدارية والمنــتفعين ، وبالتالي يتحمل المسئولية الناشئة عن ذلك ، ويجوز للمنتفع مطالبته بالتعويض عما يصيبه من ضرر نتيجة لهذا العطل أو الخلل .

والفقــرة الثانــية من المادة تنص على أن مسئولية الملتزم عما يصيب المــرفق مــن عطل أو خلل يزيد على المألوف فى مدته أو فى جسامته ، لاتندفع إلا إذا أثبت أن ذلك راجعا إلى قوة قاهرة خارجة عن إدارة المرفق أو إلى حــادث مفاجــئ وقع فى هذه الإدارة دون أن يكون فى وسع أية إدارة يقظة غير مقترة أن تتوقع حصوله أو أن تدرأ نتائجه .

والقوة القاهرة هى الحادث الذى لايمكن توقعه أو دفعه ، وليس للملتزم دخل فى حدوثه، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب الملتزم فحسب بل من جانب أشد الناس يقظة وبصرا بالأمور . فالمعيار هنا موضوعى لا ذاتى. ومثل ذلك تخريب أجهزة المرفق نتيجة لغارة جوية أوزلزال أو صاعقة .

والفرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائى، أن الحادث الفجائى يأتى من داخل المرفق ذاته أومن مخاطره الطبيعية كانفجار الآلات أوتعطيلها[١]. ذلك أنه يشترك مع القوة القاهرة فى أنه لايمكن توقعه أو دفعه .

واعتبر النص الإضراب حادثا مفاجئا إذا استطاع الملتزم إقامة الدليل على أن وقوع الإضراب كان دون خطأ منه ، ذلك أنه إذا كان الإضراب نتيجة خطأ من الملتزم ،كما لو ثبت أنه لم يف بالتزاماته نحو العمال أو تعسف فى فصل بعضهم ونجم الإضراب عن ذلك ، فإن الإضراب لايكون حادثا مفاجئا يدفع مسئوليته .

وكذلك يجب أن يثبت الملتزم أنه كان لايستطيع أن يدرأ نتائج الإضراب، فإذا تبين أنه كان يستطيع أن يستبدل بالعمال المضربين عمالا آخرين يستمرون فى إدارة المرفق أو كان يستطيع إدارة المرفق بآلات فى متناوله تغنيه عن العمال المضربين ، أو كان يستطيع تقصير مدة الإضراب بيقظته وحزمه فى معالجة الموقف، أو كان يستطيع تلافى نتيجة الإضراب بأى وسيلة

---

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد المجلد الثانى ٢٠٠٢ /٢٠٠٣ ص ٧١٢ وما بعدها .

أخرى. كان مسئولا بمقدارما كان يستطيع تلافيه من ضرر ولم يفعل [1].

وتعتبر هذه المسئولية من النظام العام .

فــلا يجوز الاتفاق على تخفيفها أو على الإعفاء منها . وإلا وقع هذا الاتفاق باطلا .

---

(١) السنهورى ص ٣٩٥ .

المساواة بين العملاء

٢١٤- المقصود بالمساواة بين العملاء :

تنص الفقرة الأولى من المادة (٦٧٠) مدنى على أن : " إذا كان ملتزم المـــرفق محتكرا له احتكارا قانونيا أو فعليا ، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء فى الخدمات العامة أو فى تقاضى الأجور " .

فـــإذا كان ملتزم المرفق محتكراله احتكارا قانونيا ، وذلك بأن يكون وحده هو الذى يدبر المرفق ويستغله بموجب عقد الالتزام ، أوكان محتكرا لـــه احتكارا فعليا، بأن لم ينص فى عقد الالتزام على أن يقوم بإدارة المرفق بمفـــرده، ولكن تعهدت له السلطة الإدارية بألا تمنح لغيره من المنافسين له التسهيلات التى تمنحها إياه كالترخيصات اللازمة والإعانات وما إلى ذلك، فـــإن الملـــتزم فى هذه الحالة يلتزم بالتسوية التامة بين العملاء ، سواء فى تقديم الخدمات أو فى تقاضى الأجور، لأنه بهذا التمييز يخل بالمنافسة الحرة، إذ هو يمنح شخصا ميزة فى استعماله المرفق العام لاتتاح لغيره من المنافسين له فى تجارته أو فى صناعته، ومن ثم فإن ذلك يلحق الضرر بهؤلاء المنافسين مما يستوجب التعويض .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يقرر هذا النص مبدأ المساواة بين العملاء ، وهو مبدأ لم يسبق للقضاء المصرى أن قرره بصفة قاطعة ، وإن كانت محكمة الاستئناف المختلطة قد أشارت إليه فى بعض أحكامها (٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ ب ١١ ص٢٤٩- ٢٦ يونية سنة ١٩١٨ ب ٣٠ ص ٤٩٩) فقد حكمت مثلا بأنه " لايجوز

للشركة التى تتولى مرفقا عاما أن ترفض طلبات الاشتراك المقدمة من الجمهور أو أن تنهى اشتراكات قائمة إلا بناء على أسباب جدية " .

كذلك قررت أنه " على الملتزم بمرفق متعلق بتوزيع الغاز أو الكهرباء أن يــؤدى خدماتــه لكل من يطلبها على طول خطوط توزيع الغاز أو الكهرباء .... " .

عــلى أن المبدأ مقرر وثابت منذ أمد طويل فى البلاد الصناعية الهامة ، وربما كان من أولى مظاهر تدخل السلطات فى تنظيم المرافق العامة ، وانتقال هــذه المــرافق من طور التنظيم الحر إلى تنظيم تشرف عليه السلطة العامة فتتولى على الأخص وضع قوائم الأسعار ، وتراعى فيها المساواة التامة بين العملاء ، سواء فى الخدمات أو فى تقاضى الأجور .

وقــد طبق هذا المبدأ أولا فى شركات السكك الحديدية . فقد كانت هذه الشركات فى الولايات المتحدة تفرق فى المعاملة بين عملائها مما أدى إلى إصــدار قانون ٤ فبراير سنة ١٩٨٧ الذى أنشأ مجلسا كان من أولى واجــباته القضاء على هذه المفارقات . وفى سنة ١٩٠٦ منح هذا المجلس ســلطات واسعة فيما يتعلق بتحديد الأسعار ومنع أى تمييز فى المعاملة ، عــلى أن يباشر سلطته هذه تحت رقابة القضاء . وعلى هذا النمط أنشئت فى ولايــات الاتحاد الأمريكى مجالس تتولى الإشراف على المرافق العامة وتحديد الأسعار تحت إشراف السلطة القضائية . كذلك أنشأ قانون ٢١ يولــية سنة ١٨٧٣ فى انجلترا مجلسا للسكك الحديدية يتولى تنظيم قوائم الأسعار مع العناية بمنع الميزات غير المشروعة التى تمنحها الشركات لبعض

العمـــلاء. كما أنه فى فرنسا يعتبر القضاء الفرنسى هذا المبدأ من المبادئ الأساسية، فلايجيز لملتزم المرفق العام أن يستغل احتكاره ليميز بعض العملاء على الآخرين ويخل بذلك بالمنافسة الحرة . وكثيرا ما قررت عقود الالتزام ذلك صراحة فى فرنسا، وحكم القضاء بالتعويض فى حالة الإخلال بالمبدأ (جوسران josserand، عقد النقل الطبعة الثانية ١٩٢٦، ن ١٨٠و٢٢٥)، وأيـــدت محكمـــة النقض الفرنسية هذا القضاء فى كثير من أحكامها (١٩ يونية سنة ١٨٠٥ والوز ١٨٥٠-١- ١٩٧ و٧ يولية سنة ١٨٥٢ دالوز ١٨٥٢-١- ٢٠٤و٣١ ديسمبر سنة ١٨٦٦ دالوز ١٨٦٧-١- ١٥٦ و ٢١ أبريل سنة ١٨٦٨ دالوز ١٨٦٨-١- ٢٢٢ و١٨ يناير سنة ١٨٧٠ دالوز ١٨٧٠-١- ٢٦٧و٣فبراير سنة ١٩٨٧ دالوز ١٨٧١-١- ٢٦٩) . ولم تعتد الأحكام المختلفة كثيرا بالصعوبة القائمة من حيث تقدير الضرر الواقع فى هذه الحالة ، بل إن بعضها قرر وجوب حل هذا الإشكال على حســـاب الشـــركة لأنها تسببت فى الضرر (استئناف باريس ١٣ أبريل ١٨٦٧ دالوز ١٨٦٩ -١- ٣٧١) .

على أن المبدأ لم يقتصر على مرفق السكك الحديدية ، بل امتد إلى كل الـــتزامات المرافق العامة ، وأصبح مقررا أن من واجب الملتزم ، كما من واجب السلطة التى تمنح الامتياز، أن تحقق المساواة التامة بين العملاء"[١].

ومبدأ المساواة هذا الذى يحكم سير المرافق العامة ، نصت عليه المادة ٤٠ من دستور سنة ١٩٧١ ، كما أوضحنا سلفا .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٧٨ وما بعدها .

٢١٥ـ استثناءات من مبدأ المساواة :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٦٧٠ مدنى على أن :

" ولاتحــول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها،على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام . ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين " .

فــلا يخل بمبدأ المساواة بين المنتفعين أمام المرافق العامة أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى على تخفيض فى الأجور أو إعفاء منها ، بشرط ألا تمنح هذه الميزات لأشخاص بذواتها، بل لطائفة معينة أو مجموعة من الأشخاص تتوافر فيهم شروط معينة ، على أن ينتفع بهذه المعاملة كل من يطلب ذلك ممن تتوافر فيه الشروط التى يعينها الملتزم بوجه عام ، أى من بين المنتفعين بالمرفق ، كأن تمنح هيئة السكك الحديدية أو إحدى شركات الأومينيوس اشتراكات مخفضه للعاملين بالدولة أو للطلبة ، أو تجرى تخفيضا للعاملين بها إذا توافرت فيهم شروط معينة .

جزاء مخالفة الملتزم للالتزامات الواقعة عليه :

٢١٦ـ (أ) جزاء مدنى :

إذا خالف الملتزم الالتزامات الواقعة على عاتقه وأوردناها فيما سلف ، فإنه يجوز للمنتفع ما يأتى :

١ – طلب التنفيذ العينى :

فإذا كان المنتفع متعاقدا على الخدمة مع مرافق التليفونات عموما، أو الكهرباء أو الغاز مثلا، وقطع عنه المرفق هذه الخدمات ،كان له أن يطالب المرفق بإعادة توصيل الخط التليفونى أو الكهرباء أو الغاز وفقا لنظام المرفق وما يقضى به العقد المبرم بينهما .

ويجوز للمنتفع أن يلجأ إلى القضاء المستعجل إذا توافر فى دعواه شرطا اختصاص القضاء المستعجل العامان ، وهما : الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق. ولاشك فى أن قطع المرافق المشار إليها خدماتها عن المنتفع ما يتوافر به ركن الاستعجال .

وإذا أخل المرفق بمبدأ المساواة بين المنتفعين بالمرفق،جاز له مطالبة المرفق بالكف عن هذا الإخلال وبإعادة مساواته بعملائه .

وإذا تقاضى منه الملتزم أجرا للخدمة يزيدعلى الأجر المحددجاز له طلب إنقاص الأجر واسترداد ما دفع زائدا على الأجر المقرر .

ويجوز للمنتفع فى سبيل الوصول إلى التنفيذ العينى الالتجاء إلى طريقة التهديد المالى .

ويجــوز فى كافة الأحوال للعميل أن يطالب بالتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

ولكن ليس للعميل أن يلزم الإدارة بالدفاع عن وجهة نظره، وإنما يكون له الحق فى مقاضاة الملتزم مباشرة والمطالبة بحقوقه على الوجه الذى يراه .

٢- طلب التعويض :

يجــوز للمنــتفع فضلا عن التنفيذ العينى - على النحو الذى أوضحناه ســلفا - أن يطالــب الملتزم بتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة إخلاله بالــتزاماته قبله ، كما فى حالة قطع الخط التليفونى أو التيار الكهربائى أو الغاز . كما نصت الفقرة الثالثة من المادة (٦٧٠) صراحة على حق المنتفع فى المطالبة بتعويض عما يصيب من ضرر نتيجة أى تمييز يقوم به الملتزم يترتب عليه إخلال بالتوازن الطبيعى فى المنافسة المشروعة .

إذ جرت هذه الفقرة على أن :

" وكــل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة . يوجب عــلى الملتزم أن يعوض الضرر الذى قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعى فى المنافسة المشروعة ".

٣- طلب فسخ العقد :

لــئن كانت الخدمات التى يقدمها المرفق العام للمنتفعين هى خدمات ضرورية لهم ، كمدهم بالكهرباء أو المياه أو الغاز أو الخط التليفونى ، مما لا يكون للمنتفع عنها غناء . إلا أن للمنتفع - إذا شاء- أن يطلب فسخ العقد لإخلال الملتزم بالتزاماته سالفة الذكر .

وطبقا للقواعد العامة ، يخضع الفسخ لتقدير القاضى ، فيجوز للقاضى ألا يقضى به .

٢١٧- (ب)- جزاء إدارى :

إذا صدر من السلطة الإدارية قرار إدارى مخالف للقانون بتنظيم المرفق، سـواء كان هذا القرار إيجابيا أو سلبيا ، كان لكل ذى مصلحة — ولو كانت مصلحة أدبية — ولو لم يكن له حق ذاتى أن يطعن فى القرار بطريق دعـوى الإلغـاء أمـام محكمـة القضاء الإدارى، وذلك طبقا للشروط والإجراءات التى ترفع بها هذه الدعوى .

فإذا صدر قرار من السلطة الإدارية يخول الملتزم أن يجاوز صافى أرباحه عشـرة فى المائة من رأس المال ، بالمخالفة للمادة الثالثة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة ، كان هذا القرار باطلا .

وتتمثل مصلحة العميل فى الطعن فيه فى أن ما زاد من صافى أرباح الملتزم عـلى الحـد القانونى ينقص مما سيخصص فى تحسين المرفق العام أو فى خفض الأسعار، وكلما تحسن المرفق وانخفضت أسعاره ، فإنه يعود بالنفع على كافة المنتفعين [١].

وإذا لم تعـد السلطة الإدارية النظر فى قوائم أسعار المرفق عقب كل فترة زمنية لتنظر فى تعديلها لمصلحة المنتفعين عملا بالمادة الثانية من القانون

(١) السنهورى ص ٤٠٩ .

رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧، وذلك بناء على طلب من العميل، فإن امتناعها يكـــون قرارا إداريا سلبيا ، ويجوز للعميل أن يطعن فى هذا القرار السلبى بالإلغـــاء . وكـــذا إذا ألغى المرفق خطا من خطوط المواصلات ، كان للمنتفع أن يطلب من الجهة الإدارية التدخل لإعادة الخط، فإذا رفضت أو لم تجـــب عـــلى طلبه ،كان له الطعن فى القرار الإيجابى (الأول) أو القرار السلبى (الثانى) بدعوى الإلغاء .

٢١٨ـ من يجوز له حق التقاضى ؟

كانت المادة (٩١٣)من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على أن:

" ١- ليس للعميل الذى تعاقد مع ملتزم المرفق ، إذا تعطلت خدمات هذا المرفق أو اختلت، أن يقاضى الملتزم إلا للدفاع عن مصلحته الشخصية.

٢- ولا يجوز له باسم جمهور العملاء ، أن يرفع دعوى ويدافع فيها من مصالحهم المشتركة " — **وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:** "يقرر هذا النص المبدأ الذى أخذت به محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة (٢٧ مـــايو سنة ١٩٢٣ جازيت ١٢ص ١٨٥ ن ٣١٨) وأيدتهـــا محكمة الاستئناف المختلطة (٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ص٢٩٥ ن ٣٣٢)، وذلك بمناسبة نزاع بين شركة مياه الاسكندرية وأحد عملائها. وقد قررت المحكمـــة أنه ليس للعميل أية صفة لتمثيل مجموع العملاء قبل الشركة، فليس له أن يطالبها إلا بما يمس حقوقه هو شخصيا بمقتضى العقد المبرم بينهما " .

وقد تليت المادة فى لجنة المراجعة واقترحت اللجنة بعض تعديلات لفظية وجعلت فقرة واحدة وأصبح رقمها فى المشروع النهائى ٧٠٤ ، وقد حذفت لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب العبارة الأخيرة من المادة وهى : " ولا يجوز له باسم جمهور العملاء أن يرفع دعوى يدافع فيها عن مصالحهم المشتركة " ، وسبب الحذف أن العبارة التى حذفتها اللجنة "ليست إلا مجرد تطبيق للقواعد العامة فلا حاجة للنص على الحكم الوارد فيها " وقد وافقت لجنة القانون المدنى على هذا الحذف أيضا "اكتفاء بالقواعد العامة التى لاتحتم النيابة فى التقاضى مع ملاحظة أنه يراد بالحذف عكس هذا الحكم " [1].

وعلى ذلك يجب لرفع الدعوى من العميل أمام المحاكم المدنية أن تكون له صفة فى التقاضى ، بأن يكون له حق ذاتى سواء كان هذا الحق ناشئا عن العقد المبرم بين السلطة الإدارية والملتزم أو العقد المبرم بينه وبين الملتزم أو من القوانين التى تنظم المرافق العامة .

أما طلب الإلغاء الذى يرفع أمام القضاء الإدارى فيكفى فيه توافر المصلحة الجدية لدى المنتفع ، حتى لو كانت مصلحة أدبية .

ولكن لايجوز للعميل أن يرفع دعواه أمام القضاء العادى أو طعنه أمام القضاء الإدارى للدفاع عن المصالح المشتركة للمنتفعين وهذا لايمنع من أن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٨١ الهامش وما بعدها .

تتألف جمعية أو نقابة للدفاع عن مصالح سكان حى معين أو طائفة معينة مـــن الـــناس ، وتكون لها الشخصية المعنوية. فتقاضى باسم الجماعة التى تمثلها وتكون لها صفة فى التقاضى [1].

(١) السنهورى ص ٤٠٨ .

موضوع رقم (١٠)

(ثانيا)

(العقد الطبى)

العقد الطبى صورة من الصور المتعددة لعقد المقاولة ، ومحل هذا العقد هو الأعمال الطبية ، ومن ثم نعرض فى البداية لتعريف المقصود بالأعمال الطبية . ثم نتناول الأحكام التفصيلية لهذا العقد .

٢١٩ـ المقصود بالأعمال الطبية :

تنص المادة الأولى من القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ (المعدل) فى شأن مزاولة مهنة الطب على أنه :

" لايجـوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو إجراء عملية جراحـية أو مباشرة ولادة أو وصف أدوية أو علاج مريض أو أخذ عينة مـن العينات التى تحدد بقرار من وزير الصحة العمومية من جسم المرضى الآدميين للتشخيص الطبى المعملى بأية طريقة كانت أو وصف نظارات طبية وبوجه عام مزاولة مهنة الطب بأية صفة كانت إلا إذا ... إلخ " .

وهذا يعنى أن المادة لم تحدد الأعمال الطبية على سبيل الحصر، ويدل على ذلك عبارة " وبوجه عام مزاولة مهنة الطب بأية صفة كانت " التى وردت بالمادة بعد ذكر الأمثلة السابقة . فكل عمل لازم لعلاج المريض أو تحسين صحته وشفائه يعتبر عملا من الأعمال الطبية وعلى أية حال فهذه مسألة تتصل أتصالا وثيقا بتقدم العلوم الطبية وإمكانياتها، وهو تقدم يتصل

بكافة مجالات الأعمال الطبية ، وهى تشمل الوقاية والمشورة والتشخيص والعلاج .

ويبين من نصوص لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشرى التى اعتمدتها الجمعية العمومية السنوية العادية لنقابة الأطباء فى ١٩٧٣/٤/١٣ والصادرة بقرار وزير الصحة رقم ٢٣٤ لسنة ١٩٧٤ أنها لم تعرف العمل الطبى، غير أنها نصت فى مادتها الثامنة على أن : " لايجوز للطبيب أن يعلن بأى وسيلة من وسائل الإعلان عن طريقة جديدة للتشخيص أو العلاج بقصد استخدامها إذا لم يكن قد اكتمل اختبارها وثبتت صلاحيتها ونشرت فى المجلات العلمية كما لايجوزله أيضا أن ينسب لنفسه بدون وجه حق أى كشف علمى "، ويستفاد من هذا النص أن مفهوم العمل الطبى لدى نقابة الأطباء يشمل التشخيص والعلاج دون أن يقدم مفهوما محددا للعمل الطبى، غير أن هذا النص يمكن أن يضع التجارب الطبية ضمن الأعمال الطبية ، والتجارب الطبية تعد عملا من الأعمال الطبية ، لأنها تجارب علمية مشروعة ، غير أنه لايجوز للطبيب أن يعلن عنها بأى وسيلة من وسائل الإعلان قبل ثبوت صلاحيتها ونشرها فى المجلات العلمية .

وسنرى أن المادة ٤٣ من دستور سنة ١٩٧١ وتحظر إجراء أى تجربة طبية أو علمية على أى إنسان بغير رضائه الحر [١].

---

(١) الدكتور علاء الدين خميس العبيدو المسئولية الطبية عن فعل الغير سنة ١٩٩٧ ص ١١ وما بعدها .

وقـــد عرف البعض الأعمال الطبية بأنها مجموعة المعارف والإجراءات الخاصة بعلاج أو تخفيف الأمراض أو منعها وباستعادة الصحة وحفظها فى الجنس البشرى [1].

وعـــرف البعض العمل الطبى بأنه ذلك النشاط الذى يتفق وظروف مباشرتهمع القواعد المقررة فى علم الطب، ويتجه فى ذاته ، أى وفق المجرى العـــادى للأمـــور إلى شفاء المريض ، والأصل فى العمل الطبى أن يكون علاجـــيا أى يســـتهدف التخلص من المرض أو تخفيف حدته، أو مجرد تخفـــيف آلامه ، ولكن يعد كذلك من قبيل الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة أو مجرد الوقاية من المرض [2].

كما عرفه البعض بأنه : ذلك العمل الذى يقوم به شخص متخصص مـــن أجل شفاء المريض وذلك طبقا للأصول والمعارف الطبية المقررة فى علم الطب ، والأصل فى العمل الطبى أن يكون علاجيا ، أى يستهدف التخلص من مرض أو تخفيف حدته أو مجرد تخفيف آلامه ، وهو يعتبر فنا علميا أكثر من كونه علما بحتا لأنه يتقدم ويتطور بتقدم العلم ، كما أن الظواهر العضوية التى يهتم بها تتميز بالصعوبة والتعقيد[3].

---

(١) الدكتور فائق الجوهرى المسئولية الطبية فى قانون العقوبات ١٩٥١ ص ١٢١ .

(٢) الدكتور محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة الرابعة سنة ١٩٧٧ ص ١٨٢ .

(٣) الدكـــتور حسام الأهوانى المشاكل القانونية التى تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية دراسة مقارنة ١٩٧٥ ص ٢٣٥ .

وهذه التعريفات جميعا تشمل العمل الطبى فى معظم جوانبه، وبما يتفق مع الأصول العلمية المستقرة فى علم الطب .

٢٢٠ـ الأفعال التى يبيحها حق مباشرة الأعمال الطبية :

حق مباشرة الأعمال الطبية يبيح كل نشاط يعد عملا طبيا — بالمعنى الذى أوردناه سلفا — وبعض هذه الأعمال تكون فى الأصل من قبيل إعطاء المواد الضارة ، أو إحداث جرح . فإعطاء الدواء هو إدخال مادة غريبة فى الجسم وقد تفضى فى النهاية إلى الضرر، وإجراء العملية الجراحية هو إحداث لجرح فى الجسم .

وهذا الحق يبيح كل نشاط يرتبط بالأعمال الطبية كحيازة المواد المخدرة والإجهاض ، وكذلك يبيح جميع الأفعال الضرورية أو الملائمة لاستعماله.

وتحديد هذه الأفعال يرتبط بالنظريات الطبية السائدة فى وقت معين ، ومن ثم كانت محاولة حصرها غير مجدية [١].

ولايكون عمل الطبيب أوالجراح مشروعا إلا إذاكان مقصودابه علاج مريض، فعلاج المريض هو الغرض الذى يقوم عليه حق الأطباء فى التطبيب والجراحة واستهدافه يوفرشرط حسن النية، وعلى ذلك لايكون الطبيب مستعملا حقه إذا وجه فنه إلى غير الغرض المذكور ولو كان برضاء المجنى عليه أو بإلحاحه [٢].

---

(١) محمود نجيب حسنى ص ١٩٨٢ .

(٢) الدكتور محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة الثالثة ١٩٥٥ ص ٩٨.

٢٢١ـ أساس مشروعية العمل الطبى :

ذهب رأى إلى أن العمل الطبى لايستمد مشروعيته من الترخيص الذى يشترطه القانون لمزاولة مهنة الطب. وإنما مشروعية العمل الطبى تستمد من الإجازة العلمية التى على أساسها يمنح الطبيب الترخيص بمزاولة المهنة(١).

وقد أخذ بهذا الرأى قضاء محكمة النقض .

إذ قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بأن :

١- " الطبيب الجراح لا يعد مرتكبا لجريمة الجرح عمدا لأن قانون مهنته- اعتمادا على شهادته الدراسية – قد رخص له فى إجراء العمليات بأجسام المرضى ، وبهذا الترخيص وحده ترتفع مسئوليته الجنائية عن فعل الجرح " .

(طعن رقم ٢٣٨٧ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/١٠/٢٤)

٢- " ... على أنه إذا كانت الرخصة القانونية لا تأثير لها فى قيام القصد الجنائى بل ولا فى وقوع الجريمة، فإنها باعتبارها من أسباب الإباحة المنصوص عليها فى القانون ترفع عن المرخص لهم المسئولية المترتبة على الجريمة التى وقعت " .

(طعن رقم ١٦٥٢ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٣٩/١٠/٢٣)

٣-" الأصل أن أى مساس بجسم المجنى عليه يجرمه قانون العقوبات وقانون مزاولة مهنة الطب ، وإنما يبيح القانون فعل الطبيب بسبب حصوله على

---

(١) علاء الدين خميس ص ٢٨- الدكتور محمد زكى أبو عامر وزير بمجلس الشعب والشورى وعميد كلية حقوق الاسكندرية سابقا فى محاضرة عن " المسئولية الجنائية للطبيب "ألقيت بنادى القضاة بطنطا يوم الأحد الموافق ١٩٩٦/٣/٢٤.

إجـازة علمية طبقا للقواعد والأوضاع التى نظمتها القوانين واللوائح – وهـذه الإجازة هى أساس الترخيص الذى تتطلب القوانين الخاصة بالمهن الحصـول علـيه قبل مزاولتها فعلا، وينبنى على القول بأن أساس عدم مسئولية الطبيب هو استعمال الحق المقرر بمقتضى القانون- أن من لايملك حق مزاولة مهنة الطب يسأل عما يحدثه الغيرمن الجروح وما إليها باعتباره معتديا- أى على أساس العمد ، ولا يعفى من العقاب إلا عند قيام حالة الضـرورة بشروطها القانونية ، ومن ثم يكون سديدا فى القانون ما قرره الحكـم مـن أنه لا تغنى شهادة الصيدلة أو ثبوت دراية الصيدلى بعملية الحقـن عـن الترخيص بمزاولة مهنة الطب وهو ما يلزم عنه مساءلته عن جريمة إحداثه بالمجنى عليه جرحا عمديا مادام أنه كان فى مقدوره أن يمتنع عن حقن المجنى عليه مما تنتفى به حالة الضرورة " .

(طعن رقم ١٢٦١ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٠/١٢/١٣)

بينماذهب رأى آخر إلى أن أساس مشروعية العمل الطبىهو الترخيص للطبيب بمزاولة المهنة . وعلة ذلك أن الشارع لايثق فى غير من رخص لهم بالعلاج ، إذ هم – فى تقديره- الذين يستطيعون القيام بعمل طبى يطابق الأصول العلمية ويتجه فى ذاته إلى شفاء المريض [١].

---

(١) الدكتور حمدى رجب عطية مقال عن " المسئولية الجنائية للطبيب " مجلة مصر المعاصـرة السنة ٩٣ العدد ٤٦٥ – ٤٦٦ يناير / أبريل ٢٠٠٢ ص ٣٩٩ - محمود نجيب حسنى ص ١٨٥ – فائق الجوهرى ص ١١٨ .

وفى تقديرنا أنه يجب الأخذ بالرأى الثانى ، خاصة أنه يساند هذا الرأى أنه بالرغم من أن طبيب الامتياز حاصل على الإجازة العلمية إلا أن المادة الثانية من القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤(المعدل بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٥) لا تعطيه الحق فى الحصول على ترخيص بمزاولة مهنة الطب (أنظر فى التفصيل بند ٢٢٣) .

والترخيص للطبيب بمزاولة مهنة الطب لايكفى وحده لممارسة العمل الطبى ، وإنما يشترط لذلك — كما سنرى — رضاء المريض ، فهو شرط من شروط إباحة العمل الطبى للطبيب .

كما أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون مايجريه مطابقا للأصول العلمية المقررة .

وفى هذا قضت محكمة النقض — الدائرة الجنائية بأن :

١- " من المقرر أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقا للأصول العملية المقررة ، فإذا فرط فى اتباع الأصول أو خالفها حقت عليه المسئولية الجنائية بحسب تعمده الفعل ونتيجته أو تقصيره وعدم تحرزه فى أداء عمله " .

(طعن رقم ١٩٢٠ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٦٨/١/٨)

٢- " من المقرر أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقا للأصول العلمية المقررة . فإذا فرط فى اتباع هذه الأصول أو

خانتهـــا حقـــت عليه المسئولية الجنائية والمدنية متى توافر الضرر بحسب تعمـــده الفعل ونتيجته أو تقصيره وعدم تحرزه فى أداء عمله وأيا كانت درجة جسامة الخطأ " .

(طعن رقم ٢١٥٢ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/١/١١)

٢٢٢ـ الشروط اللازمة لمزاولة مهنة الطب :

ينظم مزاولة مهنة الطب فى مصر القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ المعدل بالقانونين رقمى ٤٩١ لسنة ١٩٥٥ ، ٢٩ لسنة ١٩٦٥.

ويشـــترط هذا القانون فى الشخص لمزاولة مهنة الطب توافر الشروط الآتية :

١- أن يكون مصريا . أو يكون من بلد تجيز قوانينه للمصريين مزاولة مهنة الطب .

واشتراط النص الجنسية المصرية فيمن يمارس مهنة الطب يبرره خطورة العمـــل الطـــبى ، إذ هو يعنى المساس بجسم الإنسان فضلا عن أنه يسمح للطبيب بالوقوف على أسرار الحياة الخاصة .

ويعلل استثناء الأجانب، أن البلاد قد تحتاج إلى بعض التخصصات النادرة التى يمارسها الأجانب .

٢- أن يكـــون حاصـــلا على درجة بكالريوس الطب والجراحة من إحـــدى الجامعات المصرية. أوحاصلا على درجة أو دبلوم أجنبى معادل

لدرجة البكالريوس التى تمنحها جامعات جمهورية مصر العربية ، وأمضى بعـــد حصوله على هذا المؤهل تدريبا لمدة سنة معادلا للتدريب الإجبارى وبشرط أن يجتاز الامتحان المنصوص عليه فى المادة الثالثة من القانون .

ويصدر بهذه المعادلات قرار من لجنة مكونة من أربعة من الأطباء البشريين يعيـــنهم وزيـــر الصحة على أن يكون اثنان منهم على الأقل من عمداء كليات الطب .

وقد أحاط الشارع الاستثناء الخاص بالأطباء الحاصلين على دبلومات أجنبـــية بعـــدة ضمانات نظرا لتعدد كليات الطب فى الخارج واختلاف قيمتها العلمية ، ومنعا لما حدث فى بعض الأحوال من استعمال الدبلومات المزورة أو الدبلومات الصحيحة التى تخص أشخاصا غير أصحابها.

ولإيجاد ضمان كاف ضد عدم كفاية بعض حملة هذه الدبلومات الذين لا يحضـــرون إلى مصر عادة إلا بعد أن يكونوا قد قضوا عدة سنوات من تاريخ حصولهم على دبلوماتهم بدون ممارسة مهنتهم فى أثناء ذلك [١].

وأجـــازت المـــادة الرابعة من القانون لوزير الصحة أن يعفى من أداء الامـــتحان الأطباء من أبناء جمهورية مصر العربية الحاصلين على درجة أو دبلوم من إحدى الجامعات الأجنبية المعترف بها من حكومة جمهورية مصر العربـــية معادلـــة لدرجة بكالريوس الطب والجراحة التى تمنحها جامعات جمهورية مصر إذا كانوا حاصلين على شهادة الدراسة الثانوية أو ما يعادلها

---

(١) فائق الجوهرى ص ١٢٦ .

وكانوا خلال مدة دراستهم الطبية حسنى السير والسلوك. ومواظبين على تلقى دروسهم العلمية طبقا لبرامج المعاهد التى تخرجوا فيها .

ويشترط أن يؤدى هؤلاء الأطباء التدريب الإجبارى إذا لم يكونوا قد أدوا ما يعادله فى الخارج .

٣- أن يقيد بسجل الأطباء بوزارة الصحة وبجدول نقابة الأطباء البشريين . وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام الخاصة المنظمة لمهنة التوليد (م١) .

وقد أوردت المادة التاسعة من القانون استثناء من شرط الجنسية والقيد بسجل الأطباء بوزارة الصحة وبجدول نقابة الأطباء البشريين ، فأجازت لوزير الصحة عند حدوث الأوبئة فى أحوال الأخطار العامة أن يسمح بصفة استثنائية وللمدة التى تتطلبها مكافحة هذه الأوبئة والأخطار لأطباء لا تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها فى المادة الأولى بالقيام بالأعمال الطبية التى يؤذن لهم بمباشرتها .

كما أجازت له بعد أخذ رأى نقابة الأطباء البشريين أن يرخص لطبيب أخصائى فى مزاولة مهنة الطب فى جهة معينة بمصر لمدة لاتتجاوز ثلاثة أشهر غير قابلة للتجديد وفقا للشروط المبينة فى هذا الترخيص .

وأجازت له بعد أخذ رأى مجلس نقابة الأطباء البشريين أن يرخص لطبيب فى مزاولة مهنة الطب فى مصر للمدة اللازمة لتأدية ما تكلفه به الحكومة على ألا تجاوز هذه المدة سنتين قابلتين للتجديد مرة واحدة إذا كان هذا الطبيب من المشهود لهم بالتفوق فى فرع من فروع الطب وكانت خدماته لازمة لعدم توافر أمثاله فى مصر .

وأجـــازت له أيضا أن يرخص للأطباء الذين يعينون أساتذة أو أساتذة مساعدين فى إحدى كليات الطب المصرية فى مزاولة الطب مدة خدمتهم ولو لم تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها فى المادة الأولى .

كمـــا أجـــازت المادة ١٥ لوزير الصحة بعد أخذ رأى مجلس نقابة الأطباء البشريين أن يرخص للأطباء الفلسطينيين اللاجئين الذين أجـــبرتهم الظروف القهرية الدولية على مغادرة بلدهم والالتجاء إلى مصر والإقامة فيها والذين تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها فى المادة الثانية فى مزاولة المهنة بمصر مدة أقصاها سنة قابلة للتجديد مع إعفائهم من تأدية الامتحان المنصوص عليه فى المادة الثالثة عند الاقتضاء .

٢٢٣ـ هل يجوز الترخيص بمزاولة مهنة الطب لأطباء الامتياز ؟

لايجوز الترخيص بمزاولة مهنة الطب لأطباء الامتياز بالمستشفيات المختلفة أثـــناء فترة التدريب ، والحكمة فى ذلك أن الأصول العلمية لمهنة الطب لاتكتمل عند الحاصل على بكالريوس الطب إلا بالتدريب العملى. وقبل انقضـــاء هذه السنة ينتسبون إلى طلاب كلية الطب ، فإذا انقضت مدة السـنة جـــاز لهم التقدم للجهات الإدارية المختصة للحصول على ترخيص بمزاولة المهنة .

وهذا واضح مما نصت عليه الفقرتان الأولى والثانية من المادة الثانية من القانون رقم ٤١٥ /١٩٥٤ (المعدل) فى شأن مزاولة مهنة الطب من أنه: " يقيد بسجل وزارة الصحة من كان حاصلا على درجة بكالريوس الطب والجـــراحة مـــن إحدى الجامعات المصرية **وأمضى التدريب الإجبارى المقرر**.

ويـــتم التدريب الإجبارى بأن يقضى الخريجون سنة شمسية فى مزاولة مهنة الطب بصفة مؤقتة فى المستشفيات الجامعية والمستشفيات والوحدات التدريبية التى تقررها الجامعات وذلك تحت إشراف هيئة التدريس بكليات الطب أو من تندبهم مجالس الكليات لهذا الغرض من أطباء المستشفى والوحدات المذكـورة ويكون ذلك وفقا للنظم التى يصدر بها قرار من وزير التعليم العالى بالاتفاق مع وزير الصحة " [1].

٢٢٤ـ مدى الترخيص الصادر بمزاولة مهنة الطب :

لم يضع القانون رقم ١٩٥٤/٤١٥ (المعدل) حدودا الاختصاص الطبيب البشـــرى . فهـــو إذ يحـــرم على غير الأطباء ذوى المؤهلات سالفة الذكر المـــرخص لهم بمزاولة المهنة الصور التى حددها على سبيل التمثيل بالمادة الأولى ، قـــد أباح لهؤلاء الأطباء أن يعالجوا جميع الأمراض التى يمكن أن يتعرض لها البشر ، وبجميع الوسائل الطبية المعروفة من أدوية وغيرها .

وظاهـــر من نظام الدراسة فى كليات الطب أن الطبيب الذى يحصل على درجة البكالويوس فى الطب والجراحة يتلقى دراسة تؤهله لذلك . فإن

---

(١) علاء الدين خميس ص ٢٦ وما بعدها – ويلاحظ أن القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٦٢ نـــص فى مادته الأولى على أنه " استثناء من أحكام القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ المشار إليه يرخص لطلاب السنة التدريبية لكليات الطب بجامعات الجمهوريـــة العربـــية المـــتحدة فى مـــزاولة مهنة الطب بصفة مؤقتة وذلك فى المستشـــفيات الجامعية ومستشفيات وزارة الصحة تحت إشراف هيئة التدريس بهذه الكليات أو من تندبهم مجالس الكليات لهذا الغرض من أطباء المستشفيات بوزارة الصحة " .

بـــرنامج الدراســـة يشمل جميع الأمراض من باطنة أو جلدية أو أمراض النســـاء والأطفال والأمراض العصبية والعقلية ... إلخ ، فكل طبيب مهيأ لأن يكون طبيبا عاما ، ولو أن بعض الأطباء يختارون فروعا يتخصصون فـــيها . وقد دعت الحاجة لوجود الأخصائيين إلى تنظيم دراسات عليا يعطى عنها دبلومات خاصة ، ولكن وجود هذه الدبلومات لاينفى حق الطبيب الحاصل على درجة البكالريوس فى الطب والجراحة فى مزاولة علاج مـــا يـــرى أن يعالجه أو ينصرف إلى علاجه من الأمراض أما من حيث طرائق العلاج فإن الطبيب البشرى يجوزله أن يعالج الأمراض، ليس فقط بوصف الأدوية أو العمليات الجراحية بل بجميع طرائق العلاج الأخرى ، من كهرباء وأشعة وغير ذلك مما يدخل فى دراسته ، بل مما يدخل أيضا فى عمـــل المهـــن الأخرى المعاونة أو التابعة أو المكملة كإجراء الختان أو الوسائل الطبيعية وحدها ، دون أن يتعرض لأنه مسئولية عن ذلك [1] .

غـــير أنه قد يصدر الترخيص بمزاولة مهنة الطب خاصا بأعمال طبية معيـــنة ، كالحالـــة التى نصت عليها الفقرة الأولى من المادة التاسعة من القـــانون رقم ١٩٥٤/٤١٥ ، إذ أجازت هذه الفقرة لوزير الصحة عند حدوث الأوبئة فى أحوال الأخطار العامة أن يسمح بصفة استثنائية وللمدة التى تتطلبها مكافحة هذه الأوبئة والأخطار لأطباء لاتتوافر فيهم الشروط المنصـــوص علـــيها فى المـــادة الأولى بالقيام بالأعمال الطبية التى يؤذن لهم بمباشرتها .

---

(١) فائق الجوهرى ص ١٢٧ وما بعدها .

ويستثنى من ذلك أيضا المهن التى يشترط القانون لمزاولتها ترخيصا خاصا كمهنة العلاج النفسى إذ لا يكتفى القانون رقم ١٩٨ لسنة ١٩٥٦ للترخيص بمزاولتها الحصول على بكالريوس الطب أو الجراحة، وإنما يشترط الحصول على دبلوم الأمراض العصبية والعقلية (بالإضافة إلى الترخيص لبعض الفئات الأخرى)، وكذلك مهنة العلاج الطبيعى إذ لايجوز الترخيص بمزاولتها طبقا للقانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٥ فى شأن تنظيم مزاولة مهنة العلاج الطبيعى للحاصل على بكالريوس الطب والجراحة .

وبالتالى تعد ممارسة الطبيب البشرى لهذه المهن ممارسة لها بدون ترخيص، ولا يخضع للإباحة المقررة للمرخص له .

وترتيبا على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأصل أن أى مساس بجسم المجنى عليه يجرمه قانون العقوبات وقانون مزاولة مهنة الطب ، وإنما يبيح القانون فعل الطبيب بسبب حصوله على إجازة علمية طبقا للقواعد والأوضاع التى نظمتها القوانين واللوائح – وهذه الإجازة هى أساس الترخيص الذى تتطلب القوانين الخاصة بالمهن الحصول عليه قبل مزاولتها فعلا ، وينبنى على القول بأن أساس عدم مسئولية الطبيب هو استعمال الحق المقرر بمقتضى القانون – أن من لايملك حق مزاولة مهنة الطب يسأل عما يحدثه للغير من الجروح وما إليها باعتباره معتديا أى على أساس العمد ، ولا يعفى من العقاب إلا عند قيام حالة الضرورة بشروطها القانونية، ومن ثم يكون سديدا فى القانون ما قرره الحكم من أنه لاتغنى شهادة الصيدلة أو ثبوت دراية الصيدلى بعملية

الحقـــن عـــن الترخيص بمزاولة مهنة الطب وهو ما يلزم عنه مساءلته عن جريمة إحداثه بالمجنى عليه جرحا عمديا مادام أنه كان فى مقدوره أن يمتنع عن حقن المجنى عليه مما تنتفى به حالة الضرورة " .

(نقض جنائى طعن رقم ١٢٦١ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٠/١٢/١٣)

٢ - " من لايملك حق مزاولة مهنة الطب يسأل عما يحدثه للغير من جروح وما إليها باعتباره متعديا على أساس العمد ، ولايعفى من العقاب إلا عند قيام حالة الضرورة بشروطها القانونية " .

(نقض جنائى طعن رقم ١٩٢٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٠) [1]

٢٢٥ـ عقوبة جريمة مزاولة مهنة الطب بدون ترخيص :

تعاقب المادة العاشرة من القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ (المعدل) فى شـــأن مزاولة مهنة الطب بالحبس مدة لاتجاوز سنتين وبغرامة لاتزيد على مـــائتى جنـــيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من زاول الطب على وجه يخالف أحكام هذا القانون .

وفى حالة العود يحكم بالعقوبتين معا .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض — الدائرة الجنائية — أيضا بأن :

" ....فالجرح الذى يحدثه حلاق بحقن المجنى عليه بإجرائه له عملية إزالة الشعرة غـــير المـــرخص لـــه بإجرائها يكون جريمة الجرح العمد . ولاينفى قيام القصد الجنائى رضاء المجنى عليه بإجراء العملية أو ابتغاء المتهم شفاءه ، فإن ذلك متعلق بالبواعـــث التى لا تأثير لها فى القصد الجنائى الذى يتحقق بمجرد تعمد إحداث الجرح " .

(طعن رقم ٢٣٠ لسنة ٧ق جلسة ١٩٣٧/١/٤)

وفى جميع الأحوال يأمر القاضى بإغلاق العيادة مع نزع اللوحات واللافتات ومصادرة الأشياء المتعلقة بالمهنة ويأمر كذلك بنشر الحكم مرة أو أكثر من مرة فى جريدتين يعينهما على نفقة المحكوم عليه .

ومع ذلك ، يجوز بقرار من وزير الصحة ، أن يغلق بالطريق الإدارى كل مكان تزاول فيه مهنة الطب بالمخالفة لأحكام هذا القانون .

٢٢٦ـ اشتراط رضاء المريض لممارسة العمل الطبى :

لايكون العمل الطبى مباحا إلا إذا رضى به المريض ، فالقانون يرخص للطبيب بعلاج المرضى إن دعوه لذلك، ولكن لا يخوله الحق فى إخضاعهم للعلاج رغما عنهم .

ورضاء المريض ليس سبب الإباحة ، ولكنه مجرد شرط من شروطها ، وعلة تطلبه رعاية ما لجسم الإنسان من حصانة .

٢٢٧ـ ممن يصدر الرضاء بالعمل الطبى ؟

يجب أن يصدر الرضاء من المريض ذاته ، إذا كان بالغا سن الولاية على النفس، لأن الرضاء يتعلق بجسم المريض فهو من المسائل المتعلقة بالنفس[1].

---

(١) فـائق الجوهرى ص ٢٤٥ وما بعدها — قارن الدكتور حسن زكى الإبراشى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية فى التشريع المصرى والقانون المقارن — دار النشر للجامعات المصرية ص ٣١٤ فهو لايشترط لرضاء المريض أن يكون بلغ سن الولاية على النفس ويذهب إلى أنه لما كان المشرع لم يحدد سنا معينة لذلك فـإن المسئولية تبقى مسئولية موضوعية يقدرها الطبيب طبقا لظروف الحال ، فإذا ظهر له أن القاصر قادرعلى التعبير عن إرادة صحيحة فلا يجوز له أن يجرى علاجـا رغم إرادته ولو دعاه والده إلى إجرائه . وبالعكس إذا ظهر له أن= =

وسـن الولايـة على النفس يتحقق بالبلوغ ويثبت البلوغ طبقا لرأى الصـاحبين المفـتى به فى المذهب الحنفى ، بالنسبة للغلام بالاحتلام مع الإنـزال أو الإحبال أو الإنزال لأى سبب ، وللبنت بالحيض أو الاحتلام مع الإنزال أو الحبل .

والحد الأدنى للبلوغ اثنتا عشرة سنة للغلام وتسع سين للبنت .

أما إذا لم يتحقق ذلك ، فإن بلوغهما يتحقق إذا أتما خمس عشرة سنة، وتحسب السن طبقا للتقويم الهجرى [1].

أما إذا لم يبلغ المريض هذه السن ، أو كان المريض مجنونا، فإن الرضاء يجب أن يصدر من ولى النفس، وإذا كان المريض معتوها فإن الرضا يصدر منه فى فترات الإفاقة ، ومن ولى النفس فى غيرها .

والعبرة برضاء الزوجة ، إذا تعارضت مع زوجها .

وإذا اخـتلف الطبيب والزوج حول إجراء عملية جراحية للزوجة ، وهى فى حالة لاتمكنها من إبداء رأيها .فإذا كانت الزوجة تعالج فى منزلها فإن الطبيب عليه أن يجرى العملية بغير رضاء الزوج .

ولكن إذا كانت المريضة فى مستشفى فإن الطبيب يستطيع أن يجرى لها العملية بعد أخذ موافقة زملائه .

=المريض طفل لايقدر خطورة حالته وأهمية العلاج بالنسبةله فلا تثريب عليه إن هـو تجاوز عن رأيه ، ولكن عليه أن يأخذ رضاء أهله الأقربين ممن يستطيعون تمثيله فى هذا الشأن .

(١) راجـع مؤلفـنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى الأحوال الشخصية المجلد الثالث ص ٧٣ .

وإن كان يلزم لإنقاذ الزوجة الحامل التضحية بالجنين، فإن كان يجب النظر بعين الاعتبار إلى حقوق الزوج على ولده إلا أن العبرة فى النهاية تكون برغبة الزوجة نفسها لأن حقها الطبيعى أن تعيش وليس للزوج أن يفرض عليها أن تضحى بحياتها فى سبيل جنين لم ير بعد نور الحياة وقد لايراه [١].

٢٢٨- نطاق الرضاء :

الرضاء الصادر من المريض بخصوص علاج معين أو جراحة معينة ، يجب أن يكون قاصرا على هذا العلاج أو العملية بعينها ولذلك درج الأطباء على أخذ موافقة المريض مقدما على إجراء أية عملية جراحية أخرى يتضح لزومها عند إجراء العملية المتفق عليها .كأن يشترط الطبيب على المريضة فى عملية استئصال أحد المبيضين أن يستأصل المبيض الثانى إذا وجد أن المسألة تدعو إلى ذلك.

غير أن من حق الطبيب أن يجرى فى أثناء العملية المتفق عليها — دون رضاء المريض– أية عملية يتضح لزومها لإنقاذ حياة المريض ، وكانت بحيث لا يحتمل إجراؤها أى تأخير ، أو يكون من شأن الانتظار حتى يفيق المريض من العملية الحاضرة لأخذ رضائه أن يقلل من نجاحها لعدم تحمل المريض تخديرين متلاحقين لأن صالح المريض فى هذه الحالة يغنى عن رضائه أو يساويه [٢].

---

(١) فائق الجوهرى ص ٢٤٩ وما بعدها — حسن زكى الإبراشى ص ٣١٥ .

(٢) فائق الجوهرى ص ٢٥٠ وما بعدها .

ومما يدخل فى موضوع الرضاء أن يطلب المريض أن يعالج بعلاج معين، فإنــه لايصح للطبيب فى هذه الحالة أن يعالجه بعلاج آخر . غير أنه يجوز للطبيب أن يعالج المريض بعلاج آخر ، إذا كان هذا العلاج الآخر أقل ألما أو خطرا من العلاج الذى اختاره المريض جهلا منه .

٢٢٩ـ وجوب صدور الرضاء عن إرادة حرة :

يجب أن يصدر رضاء المريض بالعمل الطبى عن إرادة حرة وعلم صحيح. فيجـــب أن يعـــرف المريض حقيقة حالته وأهمية العلاج بالنسبةله ، والخطـــر الذى يمكن أن ينجم عنه ، كما هو الحال فى العلاجات الجديدة الخطرة .

غـــير أن هناك حالات كثيرة يكون من الملائم فيها أن يجهل المريض خطورة حالته، بل إن المريض يؤثر فى نفسه أن يظل جاهلا بهذه الخطورة.

وقد يؤدى مواجهة المريض بخطورة حالته إلى الحط من حالته النفسية أو إصابته بصدمة عصبية تودى بحياته .

ومـــن ثم فإن الطبيب فى هذه الحالات لايكون ملزما بإخبار المريض بحالته . ويكتفى بأن يطلع أهل المريض على هذه الحالة .

ولكن من الملائم أن يذكر الطبيب للمريض الأضرار التى يمكن أن تعود عليه من جراء إهمال العلاج حتى يحمله على قبوله دون الدخول فى التفاصيل الطبية .

وإذا اســـتدعى التولـــيد اســـتعمال آلات جراحية قد تعرض الحامل لأخطار ، فيجب عدم إبلاغها بالخطورة ونسبة الوفيات فيها، وإنما يمكن

إفهامهـــا أنهـــا لاتستطيع أن تلد وحدها وأن الحالة تحتاج إلى مساعدة جراحية، وأن هذه هى الطريقة الوحيدة المناسبة ، أو أن الطفل لايستطيع الخـــروج عن طريق الجهاز التناسلى ولذلك فإنه سوف يخرجه عن طريق البطن .

ويجب أن يظل رضاء المريض قائما حتى وقت إجراء العمل الطبى. إذ له أن يعدل عن رضائه فى أى وقت قبل ذلك [1].

وقـــد نصت المادة ١٩ من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشرى على أن :

" يجـــوز للطبيـــب لأسباب إنسانية عدم اطلاع المريض على عواقب المـــرض الخطـــيرة وفى هذه الحالة عليه أن ينهى إلى أهل المريض خطورة المـــرض وعواقبه الخطيرة إلا إذا أبدى المريض رغبته فى عدم اطلاع أحد على حالته أو عين أشخاصا لاطلاعهم عليه .

٢٣٠ـ شكل الرضاء :

الرضاء قد يكون صراحة أو ضمنا [2].

---

(١) فائق الجوهرى ص ٢٥٦ وما بعدها .

(٢) علاء الدين خميس ص ٤٦ – فائق الجوهرى ص ٢٥٨ – محمود نجيب حسنى ص ١٨٥ – حمـــدى رجب عطية المقال المشار إليه ص ٤٠٠ – وعكس ذلك محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة الثانية ١٩٥٥ ص ٩٩ فيشترط أن يكون الرضاء صريحا .

وإذاكان الرضاء صريحافلا يشترط أن يكون كتابة إذ لم يشترط القانون ذلك ، كما أن اشتراط الكتابة لا يستطاع تحقيقه فى كل الأحوال بسبب حالة المريض الجسمية أو النفسية .

ويكون الرضاء الضمنى تطبيقا للمادة ٩٠ مدنى التى تقضى بأن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود" .

ومثل الرضاء الضمنى أن يذهب المريض إلىغرفة العمليات بعد أن علم بنوع العملية التى تقتضيها حالته ، وذلك بعد إيضاح نوع الجراحة تفصيلا.

ولكن لايستفاد الرضاء الضمنى من مجرد ذهاب المريض إلى عيادة الطبيب إذ أن الأعمال الطبية متنوعة ، وقد يرضى المريض ببعضها دون البعض ، ولذلك كان متعينا أن يعلم بما ينسب إليه الرضاء به [1].

وقد قضت محكمة النقض فى فرنسا (فى ١٩٣٣/١٠/٢١) بأن رضاء المريض بأن يجرى له فحص خطر لأحد أعضائه يمكن أن يستنتج من طلبه بناء على نصح أطباء آخرين تدخل الأخصائى الذى أجرى الفحص .

٢٣١ـ استثناءات من شرط الرضاء بالعمل بالطبى :

يستثنى من شرط توافر رضاء المريض بالعمل الطبى ، الحالات التى يوجد فيها نص قانونى عام أو خاص بمثل هذا التجاوز لصالح المريض ذاته

---

(١) محمود نجيب حسنى ص ١٨٦ – علاء الدين خميس ص ٤٧ وما بعدها .

أو لصالح عام يدعو إليه كوقاية الجماعة البشرية أو الأجيال المقبلة من الأمراض أو الأخطار أو صيانة الحياة الاقتصادية أو الدفاع عن الدولة أو تحقيق العدالة .

ومثال ذلك ما يأتى :

١- حالة الضرورة المنصوص عليها بالمادة ٦١ من قانون العقوبات ، التى تجرى على أن :

" لاعقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله ولا فى قدرته منعه بطريقة أخرى " .

فإذا اعتقد الطبيب اعتقادا له ما يبرره ، بأن فى مباشرة العملية الجراحية التى رضى بها المريض ما يدعوه إلى إجراء عملية جراحية أخرى رأى ضرورة إجرائها حالا، وكان فى إرجاء ذلك حتى يفيق المريض ويستحصل على رضائه بإجرائها خطر على حياته ، فلا يكون الطبيب مسئولا . ولايمنع من توافر الضرورة أن تكون الحالة المرضية التى حدثت للمريض وعرضته للخطر هى ذاتها من فعل الطبيب فى أثناء علاجه ، كأن يخطئ فى العلاج خطأ يعرض مريضه للخطر. فإن المتفق عليه أن الذى يمنع من تطبيق المادة إذا كان الخطأ من جانب الطبيب ، هو الفعل العمد. أما إذا كان الخطر قد نجم عن إهمال الفاعل ، فإن ذلك لايمنع من تطبيق النص، وعلى

الأخص حيث يكون الخطر قد نشأ عن فعل مشروع ، وهو الحال عندما يـــزاول العلاج ذو صفة فى إجرائه. وليس للمحاكم أن تتدخل فى صناعة الأطـــباء فتحكم بأن العملية الجراحية التى أجراها الجراح كانت لازمة أو غير لازمة، ولو ظهرفيما بعد أن هذه العملية لم تكن تقتضيها الضرورة[١].

وقـــد أخذت بذلك محكمة كويك فى ١٩٣٠/٣/١٤ فى قضية طبيب شق بطن امرأة لإزالة الزائدة الدودية فوجد مبيضيها ملتهبين فاستأصلهما . ولكن يحسن ألا ينفرد الطبيب بالعمل وحده فى أحوال الضرورة ما أمكن ذلك .

غـــير أن توافـــر شـــروط حالة الضرورة المنصوص عليها بالمادة ٦١ عقوبات سالفة الذكر، وإن كانت تنفى المسئولية الجنائية عن المتهم وتؤدى إلى تـــبرئته ، إلا أنهـــا لاتنفى مسئوليته المدنية ، فإذا اتضح للمحكمة أنه أخطأ فى سلوك الطريق الذى اختاره مع انطباق شروط المادة قضت عليه بالتعويض .

وعلى هذا نصت المادة ١٦٨ بقولها : " من سبب ضررا للغير ليتفادى ضـــررا أكـــبر محدقابه أو بغيره ، لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا " .

---

(١) فـــائق الجوهـــرى ص ٢٦٠ ومـــا بعدها — حسن زكى الإبراشى ص ٣٢١ ومابعدها

وقد قضت محكمة النقض – فى ظل القانون المدنى القديم – بتاريخ ١٩٤١/١١/١٧ فى القضية رقم ١٩٠٧ لسنة ١١ ق بأن :

" إذا كانت الواقعة جسبما أوردها الحكم المطعون فيه ليس فيها ما يفيد أن الحادث كان – كما انتهت إليه المحكمة – نتيجة قوة قاهرة، أو أن إرادة المتهم وقت وقوعه منه كانت منعدمة متلاشية، بل تفيد أن المتهم إنما ارتكب ما ارتكبه مريدا مختارا بعد أن وازن بين أمرين : القضاء على حياة الغلام الذى اعترض سيارته عند مفترق الطرق أو الصعود بالسيارة على إفريز الشارع حيث وقعت الواقعة ، فهذا الفعل أدنى إلى أن يوصف فى القانون بأنه من قبيل أفعال الضرورة التى تحدث عنها قانون العقوبات فى المادة ١٦١ الواردة فيها الشروط الواجب توافرها فى حق من يصح له أن يتمسك بها . وهذه الشروط لتعلقها بالمساءلة الجنائية ، لاتأثير لها فى المساءلة المدنية التى مناطها دائما الخطأ . فمتى ثبت وقوع الخطأ أو التقصير فقد حق على من ارتكبه ضمان الضرر الناشئ عنه ولو كانت فعلته من الوجهة الجنائية لاعقاب عليها .

وإذا كان الفعل المرتكب فى حالة الضرورة لايتناسب بحال مع ما قصد تفاديه، بل كان بالبداهة أقل منه شأنا وأجل خطراوأكبرقيمة، فإن التعويض يكون واجبا إذاماالحق الغير ضرر. وذلك على أساس توافر الخطأ فى الموازنة ، وقت قيام حالة الضرورة، بين الضررين لارتكاب أخفهما".

٢- المرضى من رجال الجيش فإنهم بانخراطهم فى سلك الجندية يفقدون مالهم من حقوق على أجسامهم بحيث يصبح رضاهم غير لازم فيما تتطلبه حالتهم من أنواع العلاج فالحرية الفردية تتلاشى أمام سلامة الدولة التى توجب المحافظة على القيمة الاجتماعية لجنود الوطن [1].

٣-ماتنص عليه القوانين والقرارات من علاج المصابين بأمراض معدية، وحجز المصابين بالأمراض العقلية .

٢٣٢- مسئولية الطبيب عن الخطأ الفنى والخطأ العادى :

يسأل الطبيب عن خطئه الفنى ، وهو الخطأ الذى يقع من الطبيب إذا خالف الأصول الفنية التى توجبها عليه مهنة الطب، كما إذا ارتكب خطأ فى التشخيص أو العلاج أو فى إجراء عملية جراحية . كما يسأل عن خطئه العادى (المادى) وهو الذى يخرج بطبيعته عن مهنة الطب ، ويقع فيه الطبيب كما يقع فيه غيره من آحاد الناس ، وذلك حين لايلتزم بمقتضى الحرص المفروض على كافة الناس، ومن أمثلة هذا الخطأ أن يجرى الطبيب الجراحة فى العضو السليم بدلا من العضو المصاب ، أو يترك المريض يقع من فوق منضدة العمليات لأنه وضع فى غير الموضع الصحيح، أو إجراء عملية جراحية بيد مرتعشة أو وهو فى حالة سكر أو ترك قطعة

(١) حسن زكى الإبراشى ص ٣٠٧ .

من الشاش أو أداة فى بطن المريض، أو إخراج المريض من المستشفى قبل استكمال مدة علاجه[1] .

وإن كان يراعى أن الأمريدق أحيانا فى التفرقة بين الخطأ العادى والخطأ المهنى ، فمثلا عدم الأمر بنقل المريض إلى المستشفى فى الوقت المناسب اعتبره البعض خطأ عاديا فى حين أن الأمر بالنقل إلى المستشفى يحتاج حتما لتقدير حالة المريض الطبية وما قد يتعرض له من أخطار لو بقى خارج المستشفى . كذلك ترك قطعة شاش أو آلة فى جسم المريض أثناء العملية الجراحية فقد يتبادر إلى الذهن أنه خطأ عادى غير أن السرعة التى تتطلبها بعض العمليات الجراحية قد تجعل منه خطأ مهنيا [2].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مسئولية الطبيب لاتقوم — فى الأصل- على أنه يلتزم بتحقيق غاية هى شفاء المريض وإنما يلتزم ببذل العناية الصادقة فى سبيل شفائه .

---

(١) السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٦٤ ص ٩٣٢- الدكتور حمدى عبد الرحمن معصومية الجسد بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية التى تصدرها كلية الحقوق بجامعة عين شمس العدد الأول والثانى- السنة ٢٢ يناير ويوليو سنة ١٩٨٠ ص ٧٤ وما بعدها — الدكتور محمد زكى أبو عامر المحاضرة المشار إليها — الدكتور سليمان مرقس المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية القسم الأول الأحكام العامة ١٩٧١ ص ٣٨١ — حسن زكى الإبراشى ص ١٣٣ وما بعدها .

(١) حسن زكى الإبراشى ص ١٣٦.

ولمـــا كان واجب الطبيب فى بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوســـط زملائه علما ودراية فى الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة وبصرف النظر عن المسائل التى اخـــتلف فيها أهل المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها ، فإن انحراف الطبيب عن أداء هذا الواجب يعد خطأ يستوجب مسئوليته عن الضرر الذى يلحق بالمريض ويفوت عليه فرصة العلاج مادام هذا الخطأ قد تداخل بما يؤدى إلى ارتباطه بالضرر ارتباط السبب بالمسبب، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد حصل من الواقع أن الطاعن- طبيب قد أمر بنقل مريضة من مستشفى إلى آخر، وهى على وشك الوفاة وقبل إحالتها إلى القسم المختص لفحصها واتخـــاذ مـــا يجب بشأنها مما أدى إلى التعجيل بوفاتها، واعتبر الحكم هذا التصرف خطأ لا يبرره له ادعاء الطاعن بعدم ضرورة التدخل الجراحى إذ أن هذا الادعاء — بفرض صحته- لم يكن ليحول دون إحالة المريضة إلى القســـم المختص لفحصها وتقرير العلاج اللازم لها وتأخير نقلها من هذا المستشـــفى إلى الوقت الملائم لحالتها المرضية ، فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون " .

(طعن رقم ٣٨١ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢)

٢- **" التزام الطبيب — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- ليس التزاما بنتيجة هى شفاء المريض ، وإنماهو التزام ببذل عناية ، إلا أن العناية**

المطلوبــة مــنه تقتضى أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق فى غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة فى علم الطب ، فيسأل الطبيب عــن كل تقصير فى مسلكه الطبى لايقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى وجــد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول، كما يسأل عن خطئه العادى أيا كانت درجة جسامته " .

(طعن رقم ٤٦٤ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١٢/٢١)

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" بعد الاطلاع على الأوراق وسماع الايضاحات وبعد المداولة .

من حيث إن قرار مجلس التأديب المطعون فيه قد صدر بجلسة ١٩٨٨/٣/١٢ وأن تقرير الطعن الماثل فيه قد أودع قلم كتاب المحكمة بتاريخ ١٩٨٨/٤/١٢ فمــن ثم يكون الطعن قد أودع بمراعاة المواعيد القانونية المقررة بما يتعين معه الحكم بقبوله شكلا .

ومن حيث إنه بالنسبة للموضوع فإن وقائعه تخلص- حسبما يبين من الأوراق- فى أنه بتاريخ ١٩٨٣/٩/٢١ حضرت السيدة .... إلى استقبال الولادة بمستشفى الدمرداش وتم إدخالها للمستشفى ، وقام الطاعن بإجراء جــراحة قيصرية لها لوجود الجنين فى غير الحالة الطبيعية ، وتمت الولادة بنجاح إلا أن المريضة ظلت تعانى ولمدة سبعة أيام بعد العملية من ارتفاع فى درجة الحرارة غير معلوم السبب وأنه بعد خروجها من المستشفى- طوعا

أو كرها – زادت حالتها سوءاً مما اضطرها للجوء إلى طبيب خاص حيث تم عمل أشعة لها تبين منها وجود جسم غريب فى البطن فتم إبلاغ النيابة العامـــة التى أجرت تحقيقاً فى الموضوع ، وأحالت المريضة إلى مستشفى الزهراء الجامعى حيث تم عمل استكشاف فى الجانب الأعلى والأيسر من البطن، وتم العثور على فوطة بطن من الشاش مما يستعمل فى التنشيف فى عملـــيات فتح البطن، وأن الفوطة وجدت ملتصقة تماماً بالأمعاء الدقيقة والقولـــون، وتم إخراج الفوطة وإجراء الجراحة اللازمة للأمعاء المتهتكة وجدار البطن ، وقد انتهت النيابة العامة من تحقيقاتها إلى مسئولية الطاعن الطبيب.. المدرس المساعد بكلية طب جامعة عين شمس الذى أجرى جراحة القيصرية للمريضة وكذا الممرضة المساعدة له فى العملية ... وتمت إحالتهما إلى المحاكمة الجنائية حيث قضى ابتدائياً واستئنافيًا بعقاب كل منهما بغرامة مائـــة من الجنيهات وإلزامهما بتعويض مؤقت مقداره مائة جنيه وواحد للمدعى بالحق المدنى .

وبعـــد إجراء تحقيق فى الواقعة بمعرفة الإدارة القانونية بالجامعة وورود تصـــرف النـــيابة العامة بشأنها تم عرض الأمر على رئيس الجامعة حيث أصدر قراره رقم ٥٣٥ لسنة ١٩٨٥ بإحالة الطاعن والممرضة ... إلى مجلس تأديـــب العـــاملين بالجامعة من غير أعضاء هيئة التدريس ، ثم صدر قرار رئيس الجامعة رقم ٢٩٠ بتاريخ ١٩٨٦/١/١٦ بتعديل الإحالة إلى مجلس تأديب المعيدين والمدرسين المساعدين بالجامعة .

وبجلســـة ١٩٨٨/٣/١٢ صدر قرار مجلس تأديب المعيدين والمدرسين المساعدين بجامعة عين شمس بمجازاة الطاعن بتأجيل ترقيته عند استحقاقها لمدة سنة لما هو منسوب إليه، وأقام المجلس قضاءه على أساس أن الطبيب الطاعن هو المسئول الأول عن الجراحة التى يقوم بها وأنه هو الذى يستعمل الفوط وينبغى أن يكون عالما بعددها ومواصفاتها وأن لايرتكن فى ذلك إلى الممرضة .

ونعى تقرير الطعن على قرار مجلس التأديب المطعون فيه البطلان لمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه وفساد الاستدلال وقصور التسبيب وإهدار حق الدفاع ذلك أن إدانة الطاعن جنائياً لاتعنى بالضرورة إدانته تأديبياً لاختلاف أساس المسئوليتين ومستهدفهما وأنه لا ينبغى الخلط بين مسئوليات الفريق الطـــبى القائم بالعملية الجراحية وأن لكل منهم مسئوليته المنفصلة وأنه من غير المتصور أن يكون الجراح مسئولا عن أخطاء طبيب التخدير أو أخطاء الممرضـــة وأن ممرضة العمليات طبقا للعرف والتعليمات هى المسئولة عن استلام الأدوات والمعدات الطبية معقمة وجاهزة للاستعمال وكذا حصرها نوعا وعددا قبل إجراء الجراحة وبعدها ، وأنه متى كان الثابت أن الطاعن قـــد سأل الممرضة قبل قفل بطن المريضة عما إذا كانت الفوط والمعدات التى استلمتها كاملة فأجابته بالإيجاب ، فمن ثم فلا تثريب عليه ولا خطأ، إذ هو لم يخطئ فنيا فى إجراء الجراحة ، كما لم يقصر فى متابعة المريضة

بعــد الجــراحة . هذا فضلا عن أن مسئولية ممرضة العمليات عن الفوط وعددها قبل الجراحة وبعدهاليس‌عرفاغير ذى أصل وإنماهونص التعليمات المستديمة لهيئة التمريض، وهى دستور عملهم المنظم لمسئولياتهم. هذا فضلا عـن أن قرار مجلس التأديب لم يتضمن فى أسبابه رداً على دفاع الطاعن بشــأن الأصول الطبية والأعراف الطبية المقررة فى هذا الشأن لا صراحة ولا ضمناً .

ومن حيث إن الثابت أن الطاعن لاينازع فى صحة واقعة نسيان فوطة فى بطــن مريضـــة أثناء عملية جراحية قام هو بها بصفته جراحا ، وإنما تنصب منازعته على‌مدى مسئوليته‌عن تلك الواقعة وذلك فى ضوء ظروف إجراء الجراحات والتعليمات المنظمة لمهنة التمريض وما تجرى به الأعراف الطبية .

ومـــن حيـــث إنه ليس من شك فى أن الطبيب فى أدائه لرسالته ليس ملتزماً بنتيجة، فإنه ليس من شك أيضا أنه ملتزم فى أداء هذه الرسالة ببذل عناية الرجل الحريص، وأن صور هذه العناية تدق وتنطق باليقين بالنسبة للطبيب الجراح .

ومن حيث إنه وأيا كان مبلغ قوة الأعراف المهنية الخاصة فإنه من غير المقـــبول أن تفـــرض هـــذه الأعراف على المجتمع عامة إذا تضمنت هذه الأعراف ما يستكرهه الفهم العام لهذا المجتمع وتأباه طبيعة الأمور .

ومن حيث إنه وأيا كانت وجاهة منطق دفاع الطاعن فيما ذكره من توزيع مسئولية الفريق الطبى القائم بعملية جراحية ، وكذا ما استشهد به من رأى بعض الخبراء من الأطباء إلا أن منطقا أكثر وجاهة لا يمكن أن يستسيغ أن تعتبر ممرضة العملية الجراحية هى المسئولة عن نسيان فوطة فى بطن مريض لمجرد أن تقضى التعليمات المنظمة لمهنة التمريض بمسئولية ممرضة العمليات عن عدد الفوط والأدوات قبل العملية الجراحية وبعدها ، ذلك أن ما نيط بالممرضة فى هذا الخصوص لايعدو أن يكون من قبيل أعمال المعاونة للجراح فى عناية خاصة ببطن مفتوحة لكائن بشرى منوط بهذا الجراح وحده بالأقل مسئولية قفلها بحالتها فى حالة العجز عن علاجها.

ومن حيث إنه وأيا كان اختلاف أساس المسئولية الجنائية والتأديبية واختلاف مستهدفهما فإنه ليس من شك فى أنه إذا بلغ الخطأ فى الأداء المهنى للوظيفة العامة حد التجريم الجنائى فإنه من غير المقبول منطقا أن يقال أن ذلك لايستوجب لزوماً مسئوليته التأديبية إذ أن من شأن التسليم بهذا المنطق أن يصبح المقتضى مانعاً .

ومن حيث إنه متى كان الثابت مما تقدم أن مسئولية ممرضة حجرة العمليات لاتحول دون مسئولية الطاعن عن نسيان فوطة فى بطن المريضة ..... أثناء إجراء جراحة قيصرية لها مساء يوم ١٩٨٣/٩/٢١ بمستشفى الدمرداش فضلا عن إدانته جنائياً بحكم نهائى عن هذه الواقعة فإن قرار

مجلس التأديب المطعون فيه بمجازاة الطاعن استنادا إلى ثبوت هذه الواقعة ومسئوليته عنها يكون قد استند إلى سند صحيح فى الواقع والقانون، ويكون الطعن عليه قد استند إلى غير سند صحيح خليق بالرفض " .

(طعن رقم ١٥٦٨ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٩٢/٢/١٢)

٢٣٣ـ مسئولية الطبيب عن الخطأ السير :

لايشترط لانعقاد مسئولية الطبيب عن خطئه أن يكون هذا الخطأ جسيما، وإنما يكفى لمسئولية الطبيب ارتكابه خطأ يسيرا [1].

(راجع نقض طعن رقم ٤٦٤ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١٢/٢١ المنشور بالبند السابق) .

ولا مجال لما يقوله البعض بأنه ليس من سبيل إلى أن يستقر اليقين وتثبت الطمأنينة فى نفس الطبيب إلا إذا شعر بأنه غير مسئول عن الأخطاء اليسيرة التى يتعرض لها الأطباء لزاما أثناء مباشرتهم لمهنتهم، وأن الطب لازال فى سبيل التقدم فيجب أن تتسع للأطباء حرية العمل حتى تسهل عليهم مسايرة النظريات العلمية الحديثة والانتفاع بها بعد التحقق من صحتها ، وفى مؤاخذة الطبيب على الخطأ اليسير إرهاق له فيحل محل روح الابتكار الخوف الدائم من مسئولية تكاد تكون محتومة إذ يكفى التافه من

---

(١) السنهورى ص ٩٣٢- محمد زكى أبو عامر المحاضرة المشار إليها- سليمان مرقس فى المسئولية المدنية ص ٣٧٧ وما بعدها- حسن زكى الإبراشى ص ١٣٩ وما بعدها — حمدى عبد الرحمن ص٧٥ — حمدى رجب عطية ص٤١٥.

الأمور لكى تتقرر ، لأن ذلك مردود لأنه إن وجب إدخال الطمأنينة فى نفوس الأطباء حتى لا يقعدهم الخوف من المسئولية عن الإقدام المفيد المنتج، فإن من الواجب أيضا حماية الجمهور حتى لا يعبث بسلامته استهتار الأطباء [١].

وقد قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بأن :

" من المقرر أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقا للأصول العلمية المقررة، فإذا فرط فى اتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسئولية الجنائية والمدنية متى توافر الضرر بحسب تعمده الفعل ونتيجته أو تقصيره وعدم تحرزه فى أداء عمله وأيا **كانت درجة جسامة** الخطأ " .

(طعن رقم ٢١٥٢ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/١/١١)

٢٣٤ـ التزام الطبيب التزام ببذل عناية :

الأصل أن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة هى شفاء المريض، وإنما هو التزام ببذل عناية ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق فى غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة فى علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لايقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى وجد فى نفس الظروف الخارجية

---

(١) حسن زكى الإبراشى ص ١٣٩ وما بعدها – حمدى رجب عطية ص ٤١٥ .

التى أحاطت بالطبيب المسئول ، كما يسأل – كما ذكرنا سلفا- عن خطئه العادى أيا كانت جسامته .

وبالترتيب على أن التزام الطبيب هو ببذل عناية، فإن الطبيب لايلتزم بأية نتيجة مهما كانت فى علاج المريض فهو لايلتزم بمنع المرض من التطور ضد مصلحته وهو لايلتزم بألا تسوء حالته، وهو لايلتزم بألا تتخلف عنده عاهة بالغة ما بلغت من الشدة ، وفى النهاية لايلتزم بأن لايموت ، فحدوث كل هذه الآثار السيئة للمريض إن أمكن تصورها لايعنى فى ذاته أن الطبيب قد أخل بالتزاماته . فهو فى أحسن الفروض لا يفعل أكثر من مساعدة الطبيعة لكى تقوى عوامل المقاومة فى جسم المريض فكما قال أمبروازپاريه متحدثا عن نفسه " أنا أعالجه والله يشفيه" .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مسئولية الطبيب الذى اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هى مسئولية عقدية . والطبيب وإن كان لايلتزم بمقتضى العقد الذى ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التى يجريها له ، لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق – فى غير الظروف الاستثنائية– مع الأصول المستقرة فى علم الطب، فيسأل الطبيب . عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لايقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى وجد

فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول. وجراح التجميل وإن كــان كغـيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التى يجريها إلا أن العـناية المطلوبـة منه أكثر منها فى أحوال الجراحة الأخرى اعتبارا بأن جراحة التجميل لايقصد منها شفاء المريض من علة فى جسمه وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأى خطر " .

(طعن رقم ١١١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦)

(راجع أيضا: طعن رقم ٣٨١لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢، ٤٦٤ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١٢/٢١ منشور ببند ٢٣٢)

فلـتقدير سلوك الطبيب إذن على القاضى أن يتساءل عما كان يفعله طبيـب يقـظ فى الزمان والمكان اللذين حصل فيهما العلاج مع مراعاة الأصـول الفنية وحالة المريض ، وهكذا فإن معيار الخطأ يحتفظ بالمرونة اللازمـة لكى يلائم ملابسات الحال ويتمشى مع التطورات الاجتماعية والتقدم العلمى[١] .

فمن الظروف الخارجية التى تجب مراعاتها عند تقدير الخطأ المنسوب إلى الطبيب خطورة الحالة وما تستلزمه من إسعافات سريعة وقد لاتكون محاطة بظروف ملائمة وكون العلاج تم بعيدا عن المستشفيات والأدوات

---

(١) فائق الجوهرى ص ٣٥٥ وما بعدها — حسن الإبراشى ص ١٢٦ وما بعدها.

العلاجية اللازمة أو معونة الزملاء والممرضين إذ أن هذه الظروف وما يماثلها تبيح للطبيب أعمالا لايستطيع إجراؤها فى غيرها .

فمثلا إغفال إجراء أشعة على العضو المصاب وهو ما قد يعتبر خطأ بالنسبة لطبيب المدن لايمكن أن يؤاخذ عليه طبيب الريف الذى لاتتوافر له الوسائل لإجرائها .

غير أنه لاعبرة فى تقدير خطأ الطبيب بأحوال الطبيب الداخلية وهى اللاصقة بشخصه أو بخصائصه الطبيعية والأدبية ، ويدخل فيها ما تعلق بتكوينه الجسمانى وبحالته النفسية ، وعاداته وصفاته . إذ ليس من العدل فى شىء أن يرجع فى تحقيق مسئولية الطبيب إلى أحواله المتصلة بشخصه من حيث القوة أو الضعف أو اليقظة أو الغفلة أو النشاط أو الخمول حتى لا يتحمل المجموع الآثار السيئة للطبائع الناقصة والمعيبة .

وترتيبا على ذلك ، قضت محكمة دويه فى ١٩ يناير سنة ١٩٣١ بأن عاهة الطبيب لاتصلح أن تكون عذرا له إذ من حق المريض وإن كان عالما بهذه العاهة أن يفترض أن الطبيب وقد أقدم على إجراء العملية حاصل على كل المؤهلات لإجرائها وأن عاهته لاتؤثر فى قدرته فى هذه الناحية والحال يجب بالمثل بالنسبة للطبيب الذى يقدم على العلاج وهو فى حالة سكر فقد معها شعوره وسلامة تقديره إذ يجب ألا يغرب عن باله أن السكر عاهة خطرة .

٢٣٥ـ المستوى المهنى للطبيب :

مـــن الظروف الظاهرة التى يجب أن يقام لها وزن فى تحديد مسئوليـــة الطبيب ، ما عرف عنه من علم أو خبرة أو تخصص فى ناحية معينة وهو مـــا يطلق عليه البعض المستوى المهنى للطبيب . لأن هذا المستوى يكون معـــروفا للناس ظاهرا لهم بحيث يوحى إليهم ثقة مشروعة فى أن الطبيب سيبذل قدرا من العناية يتفق مع هذا المستوى . فتقاس واجبات الطبيب الناشئ مثلا بمسلك طبيب ناشئ مثله ، وواجبات الطبيب غير المتخصص بمـــثله ، وتحـــدد التزامات الأخصائى بمسلك من يكون فى مثل تخصصه والتزامات أستاذ الطب بمسلك أستاذ من طرازه.

وقد قضت بذلك محكمة استئناف مصر فى ٢ يناير ١٩٣٦[١] **حيث قررت** " إنه بالنسبة إلى الأطباء الأخصائيين يجب استعمال منتهى الشدة فى تقديـــر أخطـــائهم لأن واجبهم الدقة فى التشخيص والاعتناء وعدم الإهمال فى المعالجة ".

وقضت محكمة مصر الابتدائية الوطنية فى ٢ مايوسنة ١٩٢٧[٢]بأن: "الطبيـــب المولد يكون مسؤلا عن استعمال العنف فى جذب الجنين رغم كبر حجم رأسه وضيق الحوض استنادا إلى ما قرره الدكتور نجيب محفوظ

---

(١) المحاماة (١٦-٧١٣ – ٣٣٤ المجموعة ٣٧ – ٢٦٠- ١٩٣) .
(٢) المجموعة ٩٢ – ٢٠ – ١١ .

من أنه يستبعد على طبيب متمرن مختص بالولادة جذب الرأس حتى يفصل عـــن العنق ، رغم أنه من الجائز أن يحصل ذلك من طبيب غير أخصائى يعالج كل الأمراض " .

ويـــتعين عـــلى القاضى أن ينظر فى تقصى مسلك الطبيب النموذجى الذى يتخذه معيارا يحدد بموجبه التزامات الطبيب المسئول إلى تقاليد المهنة وما جرت عليه عادة الأطباء فى مثل ظروف الطبيب المسئول ، فلا يجوز أن يضع نفسه هو محل الأخير ويتصور كيف كان يتصرف . وكذلك إذا لجـــأ إلى خـــبير ، تعين على الأخير أن يجرد نفسه من آرائه الشخصية وأن يقتصـــر على بيان ما تقضى به تقاليد المهنة وما يجرى عليه أكثر الأطباء الذين تماثل ظروفهم ظروف المدعى عليه [١].

٢٣٦ـ تعهد الطبيب بشفاء المريض :

ذهـــب البعض إلى بطلان تعهد المريض بشفاء المريض لاستحالة محله. ولكن الراجح صحة هذا التعهد ، لأن الشفاء ليس مستحيلا، وغاية الأمر أنه ليس محقق الوقوع .

فيكون تعهد الطبيب به تعهدا بأمر احتمالى ، ولامانع من أن يضمن الطبيب تحقق أمر احتمالى، بحيث إذا تحقق هذا الأمر برئت ذمته، وإذا تخلف كان ضامنا . ولا فرق بين هذا التعهد وبين الاتفاق على تحمل المدين تبعة

---

(١) سليمان مرقس فى المسئولية المدنية ص ٣٨٤ وما بعدها .

الحـــادث الفجائى أو القوة القاهرة والذى أجازته الفقرة الأولى من المادة ٢١٧ مـــدنى صراحة بقولها : " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة " [١].

٢٣٧ـ اتباع الطبيب رأى طبى ما زال محل خلاف :

يســأل الطبيـــب عن خطئه فى العلاج إذا كان الخطأ ظاهرا لايحتمل نقاشا فنيا تختلف فيه الآراء .

أما إذا وجدت مسائل علمية خلافية يتجادل فيها الأطباء ، و لم يستقر الـــرأى عليها ، فلا لوم على الطبيب إذا اتبع هذه المسائل ، ولو كانت مرجوحة طالما كان مؤمنا بها .

وكذلك لاتثريب عليه إذا اتبع وسيلة علاج جديدة لم تسبق تجربتها إذاكـــان مقتنعا بجدواها وكان هدفه منها شفاء المريض لامجرد تجربتها . لأن من مصلحة المجتمع أن يترك باب الاجتهاد مفتوحا أمام الطبيب حتى يتمكن من القيام بمهمته العالية من حيث خدمة المريض وتخفيف آلامه .

فلا يكون الطبيب مسئولا إلا إذا ثبت أنه فى اختياره للعلاج قد أظهر جهلا فاضحا بأصول العلم أو الفن الطبى [٢].

---

(١) مرقس فى المسئولية المدنية ص ٣٨٦ — حسن الإبراشى ص ٢٢٧ وما بعدها .

(٢) الدكـــتور محمـــود نجيـــب حسنى ص ١٨٨ وما بعدها — سليمان مرقس فى المســئولية المدنـــية ص٣٨٦– الدناصـــورى وعكاز ص ١٣٩٠ وما بعدها — حمدى رجب عطية ص ٤٠٢ .

وقد قضت محكمة الجنح المستأنفة بمحكمة مصر بتاريخ ١٩٢٧/٥/٢[١] بأنـه : " المـبدأ الذى يمكن أن يستخلص من هذه الأحكام (الأحكام الفرنسية) هو أنه ليس للمحاكم أن تبحث فى الآراء والنظريات الطبية ، كما أن ليس لها أن تراقب أو تنتقد طريقة العلاج، وبناء على ذلك لايصح أن يسـأل الطبيب لغلطة فى تشخيص المرض أو لأنه باشر عملية جراحية بغير مهارة وقد كان يمكن لطبيب ماهر أن يباشرها بنجاح " .

كما قضت محكمة مصر الابتدائية بتاريخ ١٩٤٤/١٠/٣ بأن :

" إن اختـيار الطبيب طريقة للعلاج دون أخرى لايمكن أن يؤدى إلى مسـئوليته عـن طريقة العلاج التى اتبعها مادامت هذه الطريقة صحيحة علمية ومتبعة فعلا فى علاج المرض .

ومسئولية الطبيب عن خطأ العلاج لاتقوم بصفة مطلقة على نوع العلاج الذى يختاره لأن فى ذلك تدخلا فى تقدير النظريات والطرق العلمية وهو ما لا يجوز البحث فيه . ومن حق الطبيب أن يترك له قدر من الاستقلال فى التقدير فى العمل وممارسة مهنته طبقا لما يمليه عليه ضميره وذمته، إلا إذا ثبـت أنه فى اختياره العلاج أظهر جهلا بأصول العلم والفن الطبى. فإذا أعطـى الطبيب مريضه الجرعة القانونية من الدواء ، فلا مسئولية عليه إذا نشـأ من ذلك إصابة المريض بمضاعفات سببها استعداده الشخصى الغير

---

(١) المجموعة ٢٩ – ٢٠– ١١ .

ممكن معرفته . والقول بأن من موجبات الحيطة أن ينقص الطبيب مقدار الجرعة القانونية لا يعنى أن الطبيب قد أخطأ خطأ يحاسب عليه متى كان قـد أعطـى المريض الجرعة التى تحددها أصول الصنعة والقول بغير ذلك يتنافى مع أبسط مبادئ المسئولية ويقحم عليها عناصر لايمكن ضبطها ويفتح بابـا جديدا فى محاسبة الأطباء يؤثر على طمأنينتهم فى عملهم ويعرضهم لنتائج تأباها العدالة " .

وقضت محكمة الجيزة الابتدائية بتاريخ ١٩٣٥/١/١٦ [١] بأن :

" إن خطأ المهنة (الخطأ الفنى) لايسلم به إلا فى حالات الجهل الفاضح وما إليها إذ الطبيب أحوج الناس لأن تتوفر فيه الثقة وأن يتمتع بالاستقلال فى عمله من جهة اختيار الطريقة الفنية التى يرى أنها أصلح من غيرها فى معالجة مريضه ويجب أن يؤمن الطبيب على أخطائه الناتجة من عدم استقرار النظريات الطبية فيما يجب عمله فى حالة معينة مادام ما رآه ينطبق على نظرية قال بها بعض العلماء وإن لم يستقر الرأى عليها " .

غير أن مسئولية الطبيب تتحقق إذا اتبع وسيلة مهجورة للعلاج ، إذا نجم عنها ضرر للمريض .

٢٣٨ـ التجارب الطبية :

تنص المادة ٤٣ من دستور سنة ١٩٧١ على أنه :

---

(١) المحاماة ١٥-٢-٤٧١-٢١٦ .

" لايجـــوز إجراء أى تجربة طبية أو علمية على أى إنسان بغير رضائه الحر" ، فلا يجوز للطبيب إجراء أى تجربة إلا برضاء المريض الصريح الحر، فيجـــب أن يفصح الطبيب للمريض عن كافة ظروف التجربة وأخطارها بحيث يصدر عنه رضاء حر ومتبصر على نحو كامل. والرضاء المستنير، يبدو أكثر إلحاحا فى مجال التجارب عنها فى مجال العلاج العادى .

غـــير أنه يجب أن يرمى الطبيب من التجربة إلى علاج المريض لا إلى مجـــرد التجربة فيه لإشباع شهوة علمية ، ولو كان ذلك لخدمة الطب فى ذاتـــه أو الإنسانية جميعا ، لأن الطبيب فى هذه الحالة يكون قد خرج عن الحدود التى رسمها الشارع لإباحة فعله .

ولايجدى هنا قبول الشخص الذى أجريت عليه التجارب لأن سلامة جسم الإنسان لايجوز أن تكون محلا للتصرفات وحمايتها من النظام العام، ولا يباح مسها إلا لضرورة فائدة الإنسان ذاته (١).

وقد نصت المادة الثامنة من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشرى على أن :

" لايجـــوز للطبيب أن يعلن بأى وسيلة من وسائل الإعلام عن طريقة جديـــدة للتشـــخيص أوالعـــلاج بقصداستخدامها إذا لم يكن قد اكتمل اختبارها وثبتت صلاحيتها ونشرت فى المجلات الطبية كما لايجوز له أيضا أن ينسب لنفسه بدون وجه حق أى كشف علمى " .

---

(١) فائق الجوهرى ص ٣٠٣ – حمدى عبد الرحمن ص ١٠٣ وما بعدها .

٢٣٩ـ تكييف علاقة الطبيب بالمريض :

أولاً : حالة اختيار المريض أو نائبه للطبيب :

إذا كان المريض أو نائبه هو الذى اختار الطبيب ، بأن تقدم المريض أو نائبه إلى الطبيب ليقوم بعلاج المريض مقابل أجر يدفع إليه– هو غالبا أجر الطبيـــب المعلـــن عـــنه– فإن تكون قد نشأت علاقة عقدية بين المريض والطبيب .

وبهذا قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر بجلسة ١٩٦٩/٦/٢٦ فى الطعن رقم ١١١ لسنة ٣٥ق (منشور بند ٢٣٤) .

وإذا كان علاج الطبيب للمريض بدون أجر أى على سبيل المجاملة ، فـــإن ذلك لايغير من مسئولية الطبيب قبل مريضه ، ويكون التزامه قبله التزاما ببذل عناية كما لو كان العلاج بأجر [١].

ثانيا: حالة تدخل الطبيب بغير دعوة من المريض :

قـــد لاتسمح الأحوال للمريض باختيار طبيبه ، كشخص يصاب من حادث فى الطريق أفقده وعيه، فتدخل أحد الأطباء المارين لإسعافه أو استدعاه أحد الحاضرين لذلك ، فإنه لايمكن القول فى هذه الحالة بوجود عقد علاج طـــبى بين الطبيب والمريض ، وإنما تكون العلاقة بينهما فضالة ، وتكون مسئولية الطبيب عن خطئه فى العلاج مسئولية تقصيرية [٢].

---

(١) حسن زكى الإبراشى ص ١٦٤ .

(٢) سليمان مرقس فى المسئولية المدنية ص ٣٧١ — المستشار عزالدين الدناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء ١٩٨٨ ص ١٣٨٦.

ثالثا : حالة الطبيب المعين من قبل مستشفى أو مشروع خاص :

قد يحدث أن يتعاقد طبيب مع مستشفى خاص أو إدارة شركة أو مصنع على علاج المرضى الذين يدخلون المستشفى أو العمال الذين يصابون أثناء العمل . فيكون تكييف العلاقة فى هذه الحالة بأنها اشتراط لمصلحة الغير ذلك أن العلاقة بين الطبيب والمريض ما هى إلا نتيجة عقد إيجار أشخاص تم بين الطبيب وصاحب المستشفى الخاص أو صاحب المشروع الخاص. ولايقدح فى هذا الرأى أن الاشتراط حصل لمصلحة أشخاص غير معينين وقت العقد مادام أنهم قابلون للتعيين وقت التنفيذ. وتفريعا على ذلك فإن للمستفيد دعوى مباشرة مستمدة من العقد يستعملها قبل المتعهد ليطالبه بتنفيذ التزامه وعلى ذلك فإن مسئولية الطبيب فى هذه الحالة تكون مسئولية عقدية [١].

رابعاً: حالة الطبيب الذى يعمل بمستشفى عام :

من المقرر أن الطبيب الذى يعمل بمستشفى عام، يعتبر فى مركز تنظيمى أو لائحى، وأنه يخضع تبعا لذلك للقوانين واللوائح الخاصة بالعاملين بالدولة، وفى هذه الحالة لايمكن مساءلة الطبيب عن خطئه قبل المريض الذى يعالجه بالمستشفى إلا على أساس المسئولية التقصيرية .

---

(١) الدناصورى والشواربى ص ١٣٨٦ وما بعدها- حسن الإبراشى ص ٧٣ ومابعدها .

٢٤٠ـ رفض الطبيب علاج المريض :

الأصـــل أن العلاقة بين الطبيب والمريض هى علاقة تعاقدية يلزم فيها رضاء كل من الطرفين. ومن ثم فإنه يكون للطبيب كامل الحرية فى قبول أو رفـــض الدعـــوة لعـــلاج المريض، وإذ رفض علاجه فإنه يستعمل حقا مشروعا له .

غـــير أن ظهور الاتجاهات الحديثة والوظيفة الاجتماعية للحقوق قيد حرية الطبيب. فحرية الطبيب فى مزاولة مهنته يجب أن تستعمل فى حدود هذا الغرض الاجتماعى وإلا كان متعسفا فى استعمال حقه .

فإذا كان المريض فى حاجة عاجلة إلى الإسعاف تتطلب التدخل الفورى مـــن الطبيـــب الحاضر أو الطبيب الذى يلجأ إليه المريض أو ذويه أو من شـــاهد إصابته ، تعين على الطبيب الذى يلجأ إليه فى ذلك أن يبادر إلى إسعافه وعلاجه إلى أن يزول عن المريض الخطر ويتيسر وجود طبيب آخر يتولى علاجه ، وإلا كان امتناعه خطأ يوجب مسئوليته عن الأضرار التى تصيب المريض بسبب ذلك [١].

كذلـــك يلتزم الطبيب قبول دعوة المريض للعلاج فى الحالة التى يوجد فيها الطبيب فى مركز المحتكر ، بمعنى أنه لايوجد فى الظروف القائمة سواه

---

(١) ســـليمان مـــرقس فى المســـئولية المدنية ص ٣٨٦ وما بعدها — الدناصورى والشواربى ص ١٣٨٩ .

لإسعاف وعلاج المريض، كوجود المريض فى مكان ناء ولم يكن هناك سوى طبيب معين أو فى ساعة معينة من الزمان لايوجد فيها غيره. كما يسأل أيضا فى حالة التأخير عن الحضور أو التدخل لإنقاذ المريض. ويقدر التأخير على ضوء ظروف الطبيب وارتباطاته ومشاغله ومسئولياته ومدى خطورة الحالة المعروضة أمامه وبصفة خاصة حسب مدى حسن أو سوء نيته [1].

وقد نصت المادة (١٥) من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشرى على أنه : " يجوز للطبيب أن يعتذر عن معالجة أى مريض منذ البداية لأسباب شخصية أو تتعلق بالمهنة، أما فى الحالات المستعجلة فلا يجوز للممارس العام الاعتذار كما لايجوز للطبيب الأخصائى رفض معالجة مريض إذا استدعاه لذلك الممارس العام ولم يتيسر وجود أخصائى غيره ".

أما إذا كان الطبيب يعمل فى مصلحة حكومية أو مستشفى عام فليس له أن يرفض علاج المرضى الذين ينبغى عليه علاجهم ، أى ممن يدخلون فى نطاق اختصاصه الوظيفى، وكذلك لايجوز للطبيب أو المستشفى الخاص الذى يتعاقد مع رب عمل معين على علاج العاملين به رفض علاج هؤلاء العاملين ، لأنه يكون فى هذه الحالة مسئولا مسئولية عقدية قبل رب العمل .

---

(١) فائق الجوهرى ص ٣٩٢ وما بعدها — قدرى الشهاوى ص ٤٧٠.

٢٤١ـ انقطاع الطبيب عن علاج المريض :

إذا قبل الطبيب دعوة المريض لعلاجه ، فإنه يلتزم بتنفيذ التزامه ، وإلا كـــان مسئولا عن عدم تنفيذ العقد الذى أوجبه على نفسه ، إلا إذ أقام الدليل على القوة القاهرة أو الحادث الفجائى، كما لو استحالت عليه زيارة المريض بسبب انقطاع المواصلات بسبب مرضه (١).

وقررت محكمة مارسليا فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٩ أن الطبيب الذى يشرع فى معالجة مريض ، ثم يتركه يرتكب إهمالا يعرضه لفقد أتعابه إذا تـــرك مسكنه دون أن يترك عنوانه ، أو يترك طبيبا آخر بدلا منه . لأنه طالما أنه شرع فى علاج المريض فهو قد تعهد بذلك تعهدا ضمنيا على أن يستمر فى هذا العلاج ، طالما أن المريض فى حاجة إليه ولايصح أن ينقطع عن هذا العلاج فجأة .

غـــير أنه يجوز للطبيب أن يترك المريض إذا وجد مبررا لذلك ، كأن يهمل المريض فى اتباع تعليماته أو يستعين بطبيب آخر خفية عنه، مما يعرض كرامته للأذى، أو يمتنع عن دفع الأجر فى مواعيده. ففى مثل هذه الأحوال يجوز للطبيب أن يترك المريض ، بشرط ألا يكون الترك فى ظرف غير لائق وإلا تحمل الطبيب مسئولية ما ينشأ عن ذلك من أضرار.

وهذا الالتزام الذى تفرضه الواجبات المهنية يمنع الطبيب من أن يهجر المـــريض كلما كان هناك سبب يجعل فى هجر المريض خطرا حقيقيا يهدد

---

(١) حسن الإبراشى ص ٢٥٣ — الدناصورى وعكاز ص ١٣٨٩ .

المريض بالضرر ، كعدم وجود طبيب آخر أو خطر وقف العلاج أو اعتقاد المريض أن الطبيب سوف يستمر فى العناية به [1].

وقد قررت محكمة السين فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩١٠ أن للطبيب الحق فى أن يرفض توليد امرأة كان يعالجها مدة الحمل ، إذا حدث أن أصرت أسرة الحامل على إحضار ممرضة لايعرفها ، فلم تكن تستطيع أن تقدم الضمان من العدوى الذى تقدمه له الممرضة التى اختارها . وقد رأت المحكمة أن الطبيب تصرف بما تمليه عليه الأمانة . وقضت على الزوج بأن يدفع له الأتعاب المناسبة عن العلاج الذى قام به للوالدة فى مدة الحمل. كما قضت عليه بتعويض الطبيب عما أصابه من ضرر لسمعته الأدبية برفع مثل هذه الدعوى .

ويسأل الطبيب إذا تغيب عن عيادته فأساء اختيار من يحل محله فى علاج المرضى الذين يكون قد بدأ فى علاجهم، بخلاف المرضى الجدد الذين لايكون قد تقيد إزاءهم بشئ . كما أنه لايسأل حتى بالنسبة لمرضاه القدامى عن أخطاء الطبيب الذى يخلفه متى كان معروفا بالكفاءة [2].

وقد نصت المادة (٣٠) من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشرى على أنه : **" لايجوز للطبيب المعالج أن يرفض طلب المريض أو أهله دعوة طبيب آخر ينضم إليه على سبيل الاستشارة .**

---

(١) فائق الجوهرى ص ٤٣٤ — حسن الإبراشى ص ٩١ .

(٢) فائق الجوهرى ص ٤٣٥ .

إهمـــاله أن لا يستجيب إذا أصر المريض أو أهله على استشارة طبيب معين لايقبله بدون أسباب ذلك " .

٢٤٢ـ التزامات الطبيب فى توقيع الكشف وتشخيص المرض :

هـــذه المرحلة هى أهم وأدق المراحل التى تمر بين الطبيب والمريض ، ففـــيها يحاول الطبيب تعرف ماهية المرض ودرجته من الخطورة وتاريخه وتطوره مع جميع ما يؤثر فيه من ظروف المريض من حيث حالته الصحية العامة وسوابقه المرضية وأثر الوراثة فيه .

فيجـــب على الطبيب أن يستمع إلى شكوى المريض ويحصل منه ومن ذويه — إذا لزم الأمر- على كافة المعلومات التى يحتاج إليها ثم يشرع بعد ذلـــك فى فحص المريض فحصا دقيقا متلمسا مواضع الألم متحسسا الداء وأعـــراض المرض ، مستعملا جميع الوسائل التى يضعها العلم تحت تصرفه لـــيكون رأيه بقدر الإمكان بعيدا عن الخطأ، وله أن يستعين بجميع الطرق العلمية للفحص كالتحاليل بأنواعها والأشعة والرنين المغناطيسى وما شابه ذلك كلما كان ذلك لازما للتثبت من الحالة وصحة التقدير ، وكـــان فى متناول يد الطبيب. أو يمكن إحالة المريض لمن يقوم بهذه الفحوص .

فإذا أهمل الطبيب ذلك ، وسشرع فى تكوين رأيه فإنه يكون مسئولا عن جميع الأضرار التى تترتب على خطئه فى التشخيص .

وإذا وجد الطبيب نفسه إزاء حالة لايسعفه فيها علمه وجب عليه أن يســتعين بأحد زملائه المختصين ، إلا أن تحول دون ذلك الظروف وإلا كان مهملا [١].

وإذا اســتدعى الطبيب أخصائيا بسبب تحيره فى تشخيص المرض فإن التقاليد الطبية تفرض على الطبيب إذا خالف رأى هذا الأخصائى أن يخطر ذوى المريض لإجراء استشارة طبية أخرى ، بعد أن يشرح لهم الأمر، فإذا أقروا رأى الأخصائى كان عليه أن ينسحب .

وقــد جاء بالمادة ٢١ من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشــرى الصادرة بقرار وزير الصحة رقم ٢٣٤ لسنة ١٩٧٤ أنه :

"على الطبيب عند الضرورة أن يقبل (أو يدعو إلى) استشارة طبيب غيره يوافق عليه المريض وأهله " .

ولكن ذلك لايعنى بطبيعة الحال أنه يجب فى كل حالة إجراء تحاليل وصور بالأشــعة، وإنما يجب الالتجاء إلى هذه الوسائل من وسائل التحقيق الفنى متى ساور التشخيص أى شك يدعو الطبيب إلى وجوب التثبت من صحة رأيه بهذه الوسائل قبل الإقدام على العلاج .

فضلا عن أن الطبيب لايلزم باللجوء إلى الفحص بالتحليل أو الأشعة أو غيرها فى الأحوال التى يضيق الوقت فيها دون ذلك ، بأن كانت الحالة

---

(١) فائق الجوهرى ص ٣٩٥ – حكم محكمة منــز فى ٢١ مايو ١٨٦٧ .

تحتاج إلى إجراء عملية جراحية على وجه الاستعجال إلى درجة أن المريض لايستطيع الانتظار لحين إجراء الفحص [1].

وقد يحصل أحيانا أن تشتبه على الطبيب أعراض المرض وتعييه وسائل الفحص فى تشخيص الحالة فيجرى عليه عملية استكشافية يشق فيها بطن المريض ليرى موطن الداء من جسمه ويجرى له العملية المناسبة لإنقاذ حياته.

ولايسأل الأخصائى عن عدم الكشف عن مرض لا يدخل فى دائرة تخصصه ، فمثلا لايلزم من تخصص فى أمراض المعدة بفحص الأعضاء التناسلية للمريضة، وهو ما كان يضمن له الوقوف على حقيقة الداء . وإن كان هذا لايعفيه من الاسترشاد برأى الأخصائى فى هذا المجال ليتمكن من تشخيص الحالة التى تدخل فى اختصاصه .

وعلى الطبيب أن يعترف بعجزه فيستعين بغيره إذا وجد أمامه حالة أشكل عليه تشخيصها أو اشتبهت عليه أعراضها وإلا كان مسئولا عن خطئه إن هو استبد برأيه .

غير أن الطبيب لا يسأل عن خطئه فى التشخيص ، طالما تحرى أصول فنه وراعى الضمير والشرف فى تشخيصه للمرض ، متى كان هذا الخطأ من المحتمل أن يقع فيه الطبيب اليقظ إذا أحيط بنفس الظروف الخارجية التى أحاطت به ووجد أمام نفس الحالة التى عرضت عليه. فمثل هذا الغلط

---

(١) حسن زكى الإبراشى ص ٢٥٠ وما بعدها .

أقـــرب إلى أن يكون غلطا من العلم لا من الطبيب لأنه يرجع إلى النقص فىالعلوم الطبية. فهو خطأ يتعرض له كل طبيب أثناء مزاولته مهنته.

وقد كان الأستاذ بروواردیل یقول لتلامیذه فى دروس الطب الشرعى " كـــثيرا ما وقعت فى الغلط ولكن ليس لأحد أن يوجه إلينا أى لوم مادمنا قـــد توخيـــنا الدقـــة فى كشفنا ففحصنا الأعراض والسوابق قبل إجراء التشخيص، فإذا ظهر فساده مع ما اتخذناه من الاحتياط لعدم الوقوع فى الغلط ، فليس لأحد أن يحاسبنا ويجب ألا ننسى أن أكبر العلماء لم يسلموا من الغلط " .

وقد قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٣/٦/٣٠ فى الطعن رقم ٧٢ لسنة ٢٣ ق بأن :

" فمتى كان الحكم قد أثبت توافر عنصر الإهمال فىحق المتهم " مفتش صـــحة" بعدم اتباعه ما يقضى به منشور وزارة الداخلية رقم ٢٣ لسنة ١٩٢٧ الذىيقضى بإرسال المعقورين إلى مستشفى الكلب، ولوقوعه فى خطـــأ يتعين على كل طبيب أن يدركه ويراعيه بعض النظر عن تعليمات وزارة الصحة- فإن ما يثيره الطاعن من عدم العلم بهـــذا المنشور لصدوره قبل التحاقه بالخدمة لايكونله أساس، ذلك أن الطبيب الذى يعمل مفتشا للصحة يجب عليه أن يلم بكافة التعليمات الصادرة لأمثاله وينفذها سواء أكانت قد صدرت قبل تعيينه أم بعد ذلك " .

٢٤٣- التزامات الطبيب فى وصف العلاج :

متى خلص الطبيب من فحص المريض إلى تشخيص حالته ، ودخل فى مرحلة وصف العلاج ، فإن عليه أن يراعى فى ذلك بنية المريض وسنه ودرجة استهدافه وقوة احتماله وحالته النفسية ليختارله ما يناسبه من طرق العلاج. فالمرض الواحد ليس علاجه واحدا فى جميع الأحوال وما ينفع مريضا قد يلحق أكبر الضرر بمريض آخر مصاب بنفس المرض حتى لقد قبل إنه ليست هناك أمراض بل مرضى .

وقد قررت محكمة سانت كانتان فى ١٦ أبريل سنة ١٨٩١ أن الطبيب يعتبر مخطئا إذا أمر بعلاج لم يراع فيه بنية المريض وسنه وقوة مقاومته ودرجة احتماله للمواد السامة التى تقدم إليه .

وحتى يكون الطبيب مسئولا يجب بداهة أن يكون فى استطاعته أن يكشف عن ضعف المريض الذى يحول دون استعمال علاج معين[1].

وعلى الطبيب تحديد جرعة الدواء التى لاتضر بالمريض ، فإذا وصف الطبيب الدواء بجرعة تزيدعلى الجرعة اللازمة فأدى إلى تسمم المريض كان الطبيب مسئولا عن خطئه ، وكذلك إذا كان التسمم نتيجة وصف الدواء على مدد متقاربة على خلاف الأصول الطبية .

أما إذا حدد الطبيب الدواء بجرعة أزيد قليلا من المعتاد حتى يكون تأثيره أقوى فإنه لا يرتكب خطأ طالما أن الزيادة فى الجرعة لم تخرج عن حد المعقول .

---

(١) حسن زكى الإبراشى ص ٢٧٠ .

ويجب أن يتأكد الطبيب من تحمل المريض للدواء وأن ينبه المريض إلى مـا يمكن أن يترتب عليه من أخطار ، ثم يراقب بعناية طوال مدة تعاطيه تأثيره عليه .

ولكن الطبيب لايسأل إذا لم يكن فى إمكانه أن يكشف عما يمكن أن يكون بالمريض من حساسية تحول بينه وبين استعمال الدواء .

وقد قضت محكمة ليون فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٣ بأن الطبيب الذى يصف لمريض دواء عرضه لأن يسممه نتيجة زيادة فى الحساسية لدى المريض، يرتكب خطأ إذا لم يلفت إلى ذلك نظر مريضه أو نظر الذى يحيطون به ، فإنـه لا حاجـة بالطبيـب إلى أن يظل على مقربة من المريض من أجل ملاحظته . فإن من المبالغة أن يفرض على الطبيب مثل هذا الإجراء ، الذى يكـون مـن شأنه ولاشك أن يعطل مزاولة المهنة الطبية ، ويضر بمصالح سائر المرضى على وجه العموم .

وعلى العموم يجب أن يوازن الطبيب بين أخطار العلاج وأخطار المرض، ولابـد أن تكون أخطار العلاج أقل بكثير من أخطار المرض إذ لايتصور أن تكون أخطار العلاج أكثر من أخطار المرض إلا فى حالة استثنائية فقط وهـى حالة ما إذا كانت وسيلة العلاج يرى الطبيب فيها الإنقاذ الأخير لحياة المريض وكانت حالته المرضية ميئوسا منها ، ففى هذه الحالة يكون للطبيب الحرية الواسعة فى اختيار هذه الطريقة ولو كانت أخطارها أكثر من أخطار المرض ففى هذه الحالة لايسأل الطبيب عنها ، لأنها ليست من الأمور الهينة ، لما تنطوى عليه من عناصر هى على قدر كبير من الدقة فى

التقدير لمدى فاعلية العلاج من ناحية ومدى قابلية جسم المريض للعلاج من ناحية أخرى [١].

وعـــلى الطبيب دائما أن يراعى فى علاجه للمريض المعطيات العلمية المكتسبة ، بمعنى أن العلاج الذى يقع عليه اختيار الطبيب يجب أن يكون مقـــبولا فى مجال العلوم الطبية ومتفقا مع الأصول العلمية المستقرة فى علم الطـــب[٢] ومن ثم يجب على عاتق الطبيب متابعة التطورات العلمية التى تضيف أصولا جديدة إلى الأصول المستقرة فى علم الطب حتى يقف دائما عـــلى ما استجد من وسائل العلاج ليطبقها مرضاه ، فلا يجهل العلامات والأعراض الجديدة المكتسبة للاستدلال على الأمراض وأنواع العلاج التى يوصى بها لتحقيق الشفاء.

ومن قضاء محكمة النقض — الدائرة الجنائية —أنه :

١- مـــزج الطبيب الدواء بمحلول الطرطير بدلا من الماء المقطر الذى كان يتعين مزجه، يوفر ركن الخطأ الذى أدى إلى موت المرضى أو إصابتهم، ولو كان الخطأ مشتركا بينه وبين الممرض .

إذ جرى قضاؤها على أن :

" متى كان الحكم وقد انتهى إلى تبرئة المطعون ضده من جريمتى القتل والإصـــابة الخطأ والتماس العذر له وإسقاط الخطأ عنه نظرا لزحمة العمل، ولأنه لايوجد بالوحدة الطبية سوى إناء واحد يقطر فيه الماء أو يحضر فيه

---

(١) حسن الإبراشى ص ٢٧٥ .

(٢) علاء الدين خميس ص ١٦٧ .

الطرطير مما أوقعه فى الغلط ، وإلى أن من مات من الأطفال كان فى حالة مرضية متقدمة تكفى وحدها للوفاة إلا أن الحقن عجل بوفاتهم مما يقطع رابطـــة السببية بين الخطأ بفرض ثبوته فى حقه وبين الموت الذى حدث ، وما ذكره الحكم من ذلك سواء فى نفيه الخطأ أو فى القول بانقطاع رابطة الســـببية خطأ فى القانون ، ذلك بأنه مادام أن المطعون ضده وهو طبيب مزج الدواء بمحلول الطرطير بدلا من الماء المقطر الذى كان يتعين مزجه فلقد أخطأ سواء كان قد وقع فى هذا الخطأ وحده أو اشترك معه الممرض فيه وبالتالي وجبت مساءلته فى الحالين لأن الخطأ المشترك لايجب مسئولية أى مـــن المشاركين فيه ولأن استيثاق الطبيب من كنه الدواء الذى يناوله المـــريض أو فى ما يطلب منه فى مقام بذل العناية فى شفائه، وبالتالي فإن التقاعس عن تحريه والتحرز فيه والاحتياط له إهمال يخالف كل قواعد المهنة وتعالـــيمها وعلـــيه أن يـــتحمل وزره.س كما أن التعجيل بالموت مرادف لإحداثه فى توافر علاقة السببية واستيجاب المسئولية، ولايصلح ما استندت إلـــيه المحكمة من إرهاق الطبيب بكثرة العمل مبررا لإعفائه من العقوبة ، وإن صلح ظرفا لتخفيفها. ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٣٣١ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٠/٤/٢٠)

٢- إهـــدار محكمـــة الموضوع ما جاء بتقرير الطبى الشرعى من أن الحساسية التى تنتج عن مادة البنسلين قد تحدث ولو كان قد تكرر الحقن بهـــا لفترات طويلة سابقة ، دون الاستناد إلى أسباب فنية تحمله ليس من شأنه إهدار هذا التقرير يعد قصورا .

إذ قضت بأن :

" مـــتى كـــان يبين من الاطلاع على مدونات الحكم الابتدائى الذى اعتـــنق الحكـــم المطعون فيه أسبابه أنه حصل واقعة الدعوى بما مجمله أن المجـــنى عليه قد توفى على أثر تعاطيه حقنة تحتوى على مادة البنسلين كان الطاعن- وهو طبيب الإدارة الصحية للشركة التى يعمل بها المجنى عليه- قد قرر علاجه بهـــا ، وبعد أن أورد الحكم مضمون الأدلة التى أقام عليها قضاءه ودفاع الطاعن خلص إلى عدة تقريرات تساند إليها فى إدانته للطاعن مـــن بينها قوله" إن ما ذهب إليه الطبيب المتهم وأيدته فيه الممرضة التى تعمل تحت رئاسته من أن الحقنة التى توفى المجنى عليه من أجلها وعلى أثرها هى الحقنة الثانية من بين الحقن الثلاث التى وصفهاله لايقبل عقلا ولايمكن التســـليم به لأنه طالما كان من المقطوع به ببساطة أن المجنى عليه المذكور مصـــاب بحساسية ضد مثل هذا العقار فإنه لايتصور تعاطيه له لأول مرة دون أن يتعرض من جراء ذلك لأية مضاعفات على نحو ما ادعاه الطبيب المتهم ثم ملاقاته الموت فور تعاطيه له للمرة الثانية أو بعد ذلك بفترة وجيزة أقصـــاها عشر دقائق زغم كل محاولات إسعافه "- لما كان ذلك ، وكان مـــا أورده الحكـــم فى هذا الشأن يتعارض مع ما نقله عن تقرير الطبيب

الشرعى من أن الحساسية التى تنتج عن مادة البنسلين قد تحدث ولو كان قـــد تكـــرر الحقن بها لفترات طويلة سابقة ، وأنه وإن كان الأصل أن لمحكمـــة الموضوع كامل السلطة فى تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى المعروضـــة على بساط البحث وهى الخبير الأعلى فى كل ما تستطيع أن تفصل فيه بنفسها إلا أنه من المقرر أنه متى تعرضت المحكمة لرأى الخبير فى مسألة فنية بحتة فإنه يتعين عليها أن تستند فى تغييره إلى أسباب فنية تحمله وهـــى لاتستطيع فى ذلك أن تحل محل الخبير فيها ، لما كان ذلك ، فإن ما قال به الحكم على خلاف ماورد بتقرير الطبيب الشرعى مجردا من سنده فى ذلـــك لايكفى بذاته لإهدارهذا التقرير وماحواه منأسانيد فنية وكان خليقا بالمحكمة وقد داخلها الشك فى صحة هذا الرأى أن تستجلى الأمر عن طريق المختص فنيا أما وهى لم تفعل فإن حكمها- فضلا عن فساده فى الاستدلال — يكون معيبا بالقصور " .

(طعن رقم ٦٠٤ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٧/١٠/٣٠)

٣- يتعين على محكمة الموضوع تحقيق ما دفع به الطبيب من احتمال فساد الحقنة التى أعطيت للمجنى عليه وأدت إلى وفاته ، لعيب فى تصنيعها أو لسوء فى حفظها أو الرد عليه على هذا الدفاع من واقع دليل فنى .

إذ قضت بأن :

" إغفال الحكم تحقيق ما دفع به الطاعن من احتمال فساد الحقنة التى أعطيت للمجنى عليه لعيب فى تصنيعها أو لسوء فى حفظها أو الرد على هذا الدفاع من واقع دليل فنى يعيبه لأنه — فى خصوص الدعوى المطروحة-

دفاع جوهرى من شأنه — لو صح أن يتغير به وجه الرأى فيها . ولايغنى عن ذلك كله ما ذكره الحكم من أدلة أخرى ، إذ الأدلة فى المواد الجنائية متساندة يشد بعضها بعضا ومنها مجتمعة تتكون عقيدة القاضى بحيث إذا سقط أحدها أواستبعد تعذر التعرف على مبلغ الأثر الذى كان لهذا الدليل الباطل فى الرأى الذى انتهت إليه المحكمة " .

(طعن رقم ٦٠٤ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٧/١٠/٣٠)

وقضت محكمة النقض الفرنسية فى ١٩٧٤/١١/٢٨ بإدانة طبيب عن قتل خطأ نتيجة إهماله وعدم تحرزه .

وتتـــلخص وقائع هذه الدعوى فى أن طبيب أسنان قام بحقن مريض بأمبول البنسلين الذى قد يحدث حساسية لدى بعض الأفراد تودى بحياته وترتب على حقنه بهذا العقار وفاة المريض نتيجة الحساسية من البنسلين. ففى هذه القضية لم يلتزم الطبيب باتباع الأصول الطبية التى تقتضى إجراء بعض أنواع التحاليل ضد الحساسية لبعض أنواع الأدوية ومنها البنسلين، ولذلك فإن الطبيب يعتبر مسئولا فى هذه الحالة وفى كل حالة يثبت منها عدم التزامه باتباع الأصول العلمية الثابتة [1].

٢٤٤ـ الحقن بمصل التيتانوس :

لاشك أن الحق بمصل التيتانوس فى حالة الجروح الخطيرة من شأنه أن يجنب الجرحى خطر الإصابة بمرض التيتانوس، ولكن استعمال هذا المصل

---

(١) علاء الدين خميس ص ١٧٠ وما بعدها .

فى جميع الأحوال يعرض المريض أحيانا لأخطارشديدة ، لاسيما إذا كان له استهداف ذاتى لمضاعفات المصل أو كان قد سبق حقنه به .

ولذلك فإن المبادئ الأساسية التى نادى بها أساطين الطب (ما اقترحته إحـــدى اللجان فى مؤتمر الطب الشرعى فى فرنسا دور ١٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦)، والتى تأثرت بها المحاكم فى قضائها فوجب التفرقة بين فرضين :

١- إذا كان الجرح غائرا أو غير منتظم وكان قد اتسخ بحيث يصعب تعقيمه كان على الطبيب أن يحقن المصاب بمصل التيتانوس وإلاعرض نفسه للمســئولية ولا يعفيه من هذا الواجب أن يكون المكان الذى حصلت فيه الإصابة مما تندر فيه حالات التيتانوس.

٢- إذا كان الجرح سطحيا أو كانت ظروف الحال تدعو إلى الشك فى احتمال الإصابة بمرض التيتانوس فللطبيب وحده أن يقدر حالة المصاب وما قد يتعرض له من أخطار إن هو حقنه بالمصل . ولايسأل الطبيب عن المضاعفات الناشئة عن استعمال المصل ولا عن امتناعه عن استعماله طالما أن رأيـــه قـــد اســتوفى فيه التعاليم الطبية الحديثة وبناه على تقدير دقيق لملابسات الحالة من حيث المكان الذى حصلت فيه الإصابة وسببها وطبيعتها وحالة المريض النفسية وتكوينه الجسمانى [1].

غير أنه يجب التأكد بالتجربة من أن هذا المصل لايؤدى إلى حساسية تودى بحياة المريض .

---

(١) حسن الإبراشى ص ٢٧٥ وما بعدها .

٢٤٥- مسئولية طبيب التوليد :

تبدأ مسئولية طبيب التوليد من ساعة حدوث الحمل، فيسأل عن كل علاج غير مناسب للحالة . وعن إدخال المجس الرحمى بما يمكن أن يؤدى إلى الإجهاض . وفى الأحوال التى يحدث فيها الإجهاض نتيجة دواء يعطيه الطبيب لعلاج مريض لا علاقةله بالحمل، فإنه يجب على المحكمة أن تبحث فـيما إذا كـان الطبيب قد أطاع داعى ضرورة علاجية . أو أنه أعطى الدواء برعونة وغير احتياط فى استخدام دواء يعرف هو نفسه خطره على المرأة فى حالة الحمل .

ويسأل طبيب التوليد عن الإصابات التى تحدث أثناء التوليد ، كتمزق الرحم وخرقه بواسطة جفت الولادة ، أو ثاقب الرأس[١] أو انتزاع الأمعاء أو بـتر بعـض أعضاء الطفل كالذراعين لغير ضرورة ، أو كسر جمجمة الطفـل ، أو إصـابته فى عينه ، أو فى عصب الوجه بالجفت كما يسأل الطبيب عن إجراء العملية القيصرية بدون حاجة تدعو إلى ذلك ، أو على طريقة مخالفة للأصول، أو سوء ربط الحبل السرى، أو ثقب رأس الجنين بغـير داع ، أو إهمال العلاجات اللازمة للأم أو للطفل الحديث الولادة، طالما ثبت الخطأ .

---

(١) ثاقب الرأس هو الأداة التى تستخدم فى ثقب رأس الجنين بقصد تفريغ مخه لتصغير الرأس وتسهيل خروجها بذلك .

وقضى بأن المولد الذى يغفل ربط الحبل السرى للطفل ويتركه بغير عناية بعد مولده فيترتب على ذلك موته يرتكب جريمة القتل الخطأ[1].

ويجب أن يكون الخطأ – كما ذكرنا سلفا– واضحا ومميزا وبعيدا عن المناقشات العلمية .

وقد عبرت عن ذلك بوضوح محكمة دويه بتاريخ ١٨٩٧/٤/١٥ فى قضـــية انتدبت خبراء فيها ، فذكرت لهم صراحة فى حكمها التمهيدى أنها لاتطلب منهم أن يبنوا رأيهم على النظريات العلمية الجدلية، بل على القواعد المسلم بهـــا بين الأطباء عامة، وقد قررت فى حكمها أن مسئولية الأطـــباء عن الأخطاء الجسيمة التى يرتكبونها فى مزاولة مهنة التوليد إنما تجرى على أساس القواعد العامة لحسن التصرف والاحتياط الذى يخضع له مهنة الطب .

وبتاريخ ٤ مارس سنة ١٨٩٨ أصدرت محكمة باريز حكما قضت فيه بإلغـــاء حكـــم محكمة الجنح بإدانة طبيب أجرى عملية الولادة فى وسط اللـــيل بواسطة إبرة من إبر التنجيد ، وخرق الرحم بذلك ، وتسبب فى وفـــاة الوالدة وقد قرر هذا الحكم أنه لا مسئولية جنائية على الطبيب عن الجـــرح الـــذى يحدث منه خلال عملية ثقب رأس الجنين ، إذا كان قد اضطر إلى إجراء هذه العملية لأول مرة، وبآلات ارتجالية لم يجد تحت يده غيرهـــا ، وفى ظـــروف تدعو إلى الاستعجال ، وكانت العملية فيها هى

---

(١) ســـانت أمزيك فى ١٨ يولية سنة ١٩٣٣– نقض فرنسى فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٦.

الأمل الوحيد لإنقاذ الأم، ولو أن الخبراء قرروا أنه لم يجرها بدرجة المهارة الواجبة.

وتعرض لحكم تفصيلي لدائرة الجنح المستأنفة بمحكمة مصر صادر بتاريخ مايو سنة ١٩٢٧ (المجموعة الرسمية س ٢٨ ص ٢٠ رقم ١١)[1] في قضية طبيب نسب إليه أنه لم يتخذ الإجراءات التي يوجبها الفن في قضية توليد انتهت بوفاة الوالدة. وكانت محكمة الجنح قد قضت ببراءة الطبيب ، فألغت المحكمة الاستئنافية الحكم ، وقضت بتغريم الطبيب عن تهمة القتل الخطأ .

واستندت المحكمة في إدانة الطبيب إلى أنه ارتكب عدة غلطات كانت سببا في حصول نزيف تسبب عنه الوفاة وهي :

أولاً: عدم اتخاذه أي حيطة لمنع الخطر في بادئ الأمر مع ما شاهده من حالة المتوفاة قبل الولادة بشهر ثم بعشرة أيام من وضع الجنين في البطن وضيق الحوض . وكان يجب عليه أن يتوقع تعسر الولادة ، وأن يفهم آل المتوفاة حقيقة الأمر ويشير عليهم بضرورة إجراء الولادة بالمستشفى أو عمل ترتيب آخر إذا رأى أنهم صمموا على أن تكون الولادة بالمنزل . لا أن يذهب وحده طمعا في الأجر الذي اتفق عليه، وبدون أن يتخذ أي حيطة، حتى أنه أهمل في أخذ العدد الكافية التي يمكن أن يحتاج إليها في مثل هذه الحالة غير الاعتيادية .

---

(١) مشار إليه في فائق الجوهري ص ٤٢٨ وما بعدها .

ثانياً : أنه عندما باشر الولادة فعلا ووجد أن الحالة صعبة كما تقدم، لم يبادر بإرسال الوالدة إلى المستشفى، أو يطلب طبيباً آخر لمعونته فى الوقت المناسب، قبل أن يستفحل الخطر. مع أن آل المتوفاة عرضوا عليه ذلك فرفض. و لم يطلب استدعاء طبيب إلا بعد أن ساءت الحالة وحصل نزف شديد وأغمى على المتوفاة .

ثالثا : الاستمرار فى جذب الجنين مدة من الزمن، واستعمال العنف فى الجذب . مع ما تبين من كبر حجم رأس الجنين، ومن علم المتهم بوجود ضيق فى الحوض، خصوصا بعد أن جرب أن طريقة الجذب لم تفده فى إنزال الرأس لوجود عائق ميكانيكى يمنع من مرور الرأس من الحوض، فلم يكن هناك معنى لاستمرار الجذب مع وجود العائق . ومع علم المتهم أن كل دقيقة تمر تؤثر على الوالدة وتقربها من الخطر شيئا فشيئا. ومع أن المسموح أن يستعمل الطبيب طريقة الجذب لحد محدود يقدره الفنيون بمدة لايصح أن تزيد على خمس دقائق. ويقولون إنه بعد ذلك من المؤكد أن الجنين يموت . وفى هذه الأحوال تكون السرعة جد واجبة . ويجب على كل حال أن يكون الجذب فنيا بحيث يجذب الجنين فى اتجاه معين، مع اتخاذ الحيطة لجعل الرأس تدخل فى الحوض بأقصر أقطارها . فإذا ما اتخذ الطبيب هذه الاجراءات مدة ، ومع علمه بأن الحوض ضيق، والرأس كبير، فكان يجب عليه أن يوقف هذه الاجراءات ويتخذ غيرها. وهى ثقب الرأس بثاقب الرأس ليصغر حجمها ويسهل نزولها.

رابعـــاً : طلـــب المتهم معاونة آل المتوفاةله فى جذب الجنين ، مع أن الجـــذب يجب أن يكون فنيا، وما كان يصح له أن يستعين بمثلهم فى مثل هـــذا العمل الفنى الخطير . وهم لايدرون فيه شيئا. ولا يقبل القول بإلقاء مســئولية فصـــل الرأس عن الجسم على آل المتوفاة، لأن المتهم هو الذى طلـــب هذه المعاونة ، فهو المسئول عن ذلك. وما كان فى استطاعتهم فى هـــذا الوقت الحرج عدم معاونته فيما يطلب .وكان الواجب يقضى عليه فى هذه الحالة بسرعة طلب طبيب أخصائى لمعاونته، أو يأمر فورا بإرسال الوالدة إلى المستشفى، كما أشار الطبيب الذى استدعى أخيرا عندما رأى الحالة سيئة .

(راجع أيضا بنود ٢٢٩ ، ٢٣٥ ، ٢٤١) .

٢٤٦ـ مسئولية الجراح :

(أ) — قبل إجراء الجراحة :

يـــتعين على الطبيب أن يفحص حالة المريض قبل إجراء الجراحة بدقة وعـــناية ليتبين ما إذا كانت العملية الجراحية المزمع إجراؤها لازمةله من عدمه .

ولايجوزله الاعتمادعلى رأى الطبيب المعالج فى لزوم العملية للمريض، لأن ذلك لايتفقمع استقلال الجراح،فإذا أجرى العملية الجراحية التى أشار بها الطبيب المعالج دون أن يتأكد من فحصه للمريض أن العملية لازمةله،

ثم تـــبين بعد ذلك أن هذه العملية كانت غير ضرورية، فإن الجراح يكون مسئولا عما أصاب المريض من ضرر [١].

فإذا تبين للجراح من فحصه للمريض أنه فى حاجة إلى إجراء العملية الجراحية، كان عليه أن يتأكد من مدى احتماله للعملية المراد إجراؤها، وهو مســئول عن القرار الذى يتخذه نتيجة لهذا الفحص ويلتزم الجراح أيضا باستشارة الطبيب المعالج قبل إجراء الجراحة حتى يستنير برأيه فى احتماله للعملـــية . وعلى الأخص حين تكون العملية خطيرة ، ولو أنه ليس من حـــق الطبيب المعالج أن يفرض على الجراح طريقة أداء عمله ، فلا تجوز مســـاءلة هـــذا الأخصائى إلا إذا ثبت أنه وقع منه خطأ فيما هو واقع فى دائرة اختصاصه . كما أنه لايخلى الجراح من المسئولية أن يكون الطبيب هو الذى أشار عليه بإجراء العملية. فلا يقبل منه الاحتجاج بأنه إنما نفذ رأى الطبيـــب المعـــالج. لأن ذلك لايتفق مع استقلال الجراح وحريته فى مزاولة المهنة، وواجبه فى فحص المريض قبل أن يجرى عليه الجراحة ليرى ما إذا كانت تقتضيها حالته.

وقد اعتبرت محكمة النقض من قبيل الخطأ ما يأتى :

١- تصدى الجراح لعلاج حالة الفتق الإربى الأيمن المختنق جراحيا فى عـــيادته الخاصة مع عدم قدرته على مجابهة ما صحب الحالة من غرغرينا

---

(١) الدناصورى والشواربى ص ١٤١٩ .

بالأمعاء الدقيقة والخصية رغم علمه مسبقا قبل تداخله جراحيا بأن وجود الغرغرينا أمر متوقع ، مما أدى إلى وفاة المرض .

إذ ذهبت إلى أن :

" ومن حيث إنه يبين من الحكم الابتدائى — الذى أخذ بأسبابه الحكم المطعـــون فيه فى خصوص بيان واقعة الدعوى- أنه حصلها بما موجزه أن المجـــنى عليه (مورث المدعية بالحقوق المدنية) توجه صحبة شقيقه ... إلى الطـــاعن بعيادته يوم ١٩٧٥/٦/٣ يشكو من حالة فتق إربى فاتفق معهما الطاعن على إجراء جراحة للمجنى عليه بعيادته وبعد أن قام بإجراء الشق الجراحى وجد غرغرينا بالأمعاءفأغلق الجرح ونقل المجنى عليه إلى المستشفى الأمـــيرى حيث أجريت له عملية جراحية إلا أن المجنى عليه توفى فى اليوم التالى وقد عول الحكم المطعون فيه فى ثبوت خطأ الطاعن على ما أورده من تقرير الطبيب الشرعى من أن تصدى الطاعن لعلاج حالة الفتق الإربى الأيمن المختنق لدى المجنى عليه بالعلاج الجراحى فى عيادته الخاصة مع عدم قدرته على مجابهة ما صحب الحالة من غرغرينا بالأمعاء الدقيقة والخصية اليمنى سواء لقصور خبرته أو لعدم توافر الآلات الجراحية اللازمة للاستمرار فى الـــتداخل الجـــراحى مع علمه مسبقا قبل تداخله جراحيا بأن وجود الغرغريـــنا بالأمعاء والخصية أمر وارد ، يعتبر خطأ مهنيا من جانبه يسأل عنه وعن نتائجه السيئة التى انتهت بوفاة المريض . لما كان ذلك وكانت

محكمة الموضوع بما لها من سلطة تقدير الخطأ المستوجب لمسئولية مرتكبه جنائيا أو مدنيا - وقد قررت أن الطاعن قد أخطأ بتصديه لعلاج حالة الفتق الإربى الأيمن المختنق جراحيا فى عيادته الخاصة مع عدم قدرته على مجابهة ما صحب الحالة من غرغرينا بالأمعاء الدقيقة والخصية رغم علمه مسبقاقبل تداخله جراحيابأن وجود الغرغرينا أمرمتوقع، الأمر الذى انتهى إلى وفاة المريض، فإن هذا القدر الثابتمن الخطأ يكفى وحده لحمل مسئولية الطاعن جنائيا ومدنيا ذلك أنه من المقرر إن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقا للأصول العلمية المقررة، فإذا فرط فى اتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسئولية الجنائية والمدنية متى توافر الضرر بحسب تعمده الفعل ونتيجته أوتقصيره وعدم تحرزه فى أداء عمله وأيا كانت درجة جسامة الخطأ، ولما كان الحكم قد أخذ بالتقرير الطبى الشرعى وعول عليه فى إثبات خطأ الطاعن وأن هذا الخطأ قد أدى إلى وفاة المجنى عليه، وكان لمحكمة الموضوع كامل الحرية فى تقدير القوة التدليليةلتقارير الخبراء المقدمة فىالدعوى والفصلفيما يوجه إلىهذه التقارير من اعتراضات والمفاضلة بينها والأخذ بما ترتاح إليه واطراح ما عداه لتعلق هذا الأمر بسلطتها فى تقدير الدليل ، فإن ما يثيره الطاعن فى شأن تعويل الحكم على التقرير الطبى الاستشارى وأقوال طبيبى المستشفى الأميرى ينحل إلى جدل فى تقدير الدليل لاتجوز إثارته أمام محكمة النقض.

لمــا كـــان ذلك، وكأن من المقرر أن الخطأ المباشر وغير المباشر سواء فى ترتيب مسئولية مرتكبه عن القتل الخطأ ، وكان الحكم — قد دلل على أن وفاة المجنى عليه كانت نتيجة خطأ الطاعن وذلك بما نقله عن التقرير الطبى الشــرعى — عـــلى السياق المتقدم . فإن ما يثيره بشأن مرض المجنى عليه وفرصته الضئيلة فى النجاة منه بالتداخل الجراحى السليم يكون غير سديد لما كان ما تقدم، فإن الطعن يكون على غير أساس متعينا رفضه موضوعا وإلزام الطاعن المصاريف المدنية " .

(طعن رقم ٢١٥٢ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/١/١١)

٢- أن الجراح يعد مخطئا بإجراء جراحة لمريض فى العينين معا وفى وقت واحـــد مع عدم الحاجة إلى الإسراع فى إجراء الجراحة وفى ظل الظروف والملابســـات المشار إليها فى التقارير الفنية — وهو أخصائى — دون اتخاذ كافة الاحتياطات التامة لتأمين نتيجتها والتزام الحيطة الواجبة.

إذ قضت بأن :

(أ)- "إذا كانت محكمة الموضوع — بمالها من سلطة فى تقدير الخطأ المســـتوجب لمسئولية مرتكبه جنائيا أو مدنيا- قد قدرت أن الطاعن قد أخطأ بقيامه بإجراء الجراحة فى العينين معا وفى وقت واحد مع عدم الحاجة إلى الإسراع فى إجراء الجراحة وفى ظل الظروف والملابسات المشار إليها فى التقارير الفنية- وهو أخصائى — ودون اتخاذ كافة الاحتياطات التامة

لتأمين نتيجتها والتزام الحيطة الواجبة التى تتناسب وطبيعة الأسلوب الذى اختاره فعرض المريض بذلك لحدوث المضاعفات السيئة فى العينين معا فى وقت واحد الأمر الذى انتهى إلى فقد إبصارهما بصفة كلية، فإن هذا القدر الثابت من الخطأ يكفى وحده لحمل مسئولية الطاعن جنائيا ومدنيا" .

(طعن رقم ١٥٦٦ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٣/٢/١١)

(ب)- " لما كان الحكم الابتدائى - فى حدود ماهو مقرر لمحكمة الموضوع من حق فى وزن عناصر الدعوى وأدلتها- قد استظهر رابطة السببية بين الضرر الثابت من خطأ الطاعن وبين ما انتهت إليه حال المجنى عليه من إصابته بالعاهة المستديمة بما أورده من أنه " لو أجرى الفحوص الطبية قبل إجراء الجراحة وتبين منها أن المريض مصاب ببؤرة قيحية لامتنع عن إجراء الجراحة ولو أنه أجرى الجراحة فى عين واحدة- لتمكن من تلافى أى مضاعفات قد تحدث له ولما تسبب فى إفقاده إبصار كلتا عينيه " . كما رد على دفاع الطاعن فى شأن انتفاء رابطة السببية بقوله: "وحيث إن المحكمة لاتطمئن إلى دفاع المتهم من أن ما حدث للمدعى بالحق المدنى إنما جاء نتيجة حساسية أصابته فى عينيه، وهو أمر يخرج عن إرادة الطبيب المعالج ذلك أنه حتى على فرض أن المريض قد فاجأته الحساسية بعد الجراحة - فإن ذلك يكون ناشئا من عدم التأكد من خلو جسده من البؤر الفاسدة قبل إجراء العملية ولو كانت العملية أجريت على عين

واحدة لتبين الطبيب ما يمكن تلافيه من حساسية أو مضاعفات حدثت فى العين الأولى "، كما أن الحكم المطعون فيه أوردمن تقرير الطبيب الشرعى الأخير أن خطأ الطاعن على نحوما سلف بيانه نقلا عن هذا التقرير- قد عرض مورث المطعون ضدهم للمضاعفات السيئة فى العينين معا فى وقت واحد وأن الطاعن يحمل مسئولية النتيجة التى انتهت إليها حالة المريض- وكان الطاعن لاينازع فى صحة ما نقل الحكم المطعون فيه من ذلك التقرير- فـإن مؤدى ما أثبته الحكم من ذلك أنه قد استظهر خطأ الطاعن ورابطة السببية بينه وبين النتيجة التى حدثت بمورث المطعون ضدهم من واقع التقارير الفنية بما مفاده أن الحالة المرضية لهذا الأخير لم تكن تستدعى الإسراع فى إجـراء الجراحة وأن الطاعن- وهو أستاذ فى فنه - بماله من مكانة علمية وطول خبرة فنية كان يتعين عليه أن يتوقع حدوث المضاعفات بعينى المريض عقب الجراحة التى أجراهاله وقد كان من مقتضى حسن التبصر والتحرز ألا يغيـب هذا عنه خاصة فى ظل الظروف والملابسات التى أجريت فيها الجـراحة ، وهو ما يكفى ويسوغ به تدليل الحكم على توافر رابطة بين الخطأ والضرر ، ومن ثم فلا محل لتعييب الحكم بالقصور فى هذا الصدد ".

(طعن رقم ١٥٦٦ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٣/٢/١١)

(ب)- أثناء إجراء الجراحة :

يلتزم الجراح بأن يؤدى عمله الجراحى بالمهارة التى تقتضيها مهنته وبالمستوى الذى ينتظره منه المريض، فهو مسئول عن كل خطأ يصدر منه ولو كان يسيرا .

فيسأل الجراح عن تجاهل القواعد الرئيسية للمهنة ، كأن يهمل فى تنظيف الجرح وغسله وسبر غوره ، أو ترك بقايا من الشاش أو القطن أو آله جراحية ببطن المريض .

ولكن الجراح يخلى من المسئولية فى العمليات التى تكون على درجة من الخطورة بحيث يجب إجراؤها بمنتهى السرعة ، وحيث تكون لكل دقيقة قيمتها ، ومن ثم فإن نسيان قطعة من القطن أو الشاش فى جسم المريض لايعتبر خطأ، بل مجرد حادث جراحى لايسأل عنه الجراح . ولكن يجب لإخلاء مسئوليته أن يقوم الدليل على أن تركه هذه الضمادة كان نتيجة ضرورة علاجية أو قوة قاهرة [(١)].

ولكن الجراح لايسأل إذا وجدت حالة شاذة لم يكن فى إمكانه أن يعرفها أو يتوقعها كأن يقطع الشريان السباتى فى عملية جراحية فى البلعوم ويتضح أن سبب القطع راجع إلى أن هذا الوريد لم يكن فى موضعه الطبيعى و لم يمكن للطبيب أن يتنبأ بذلك . أو يهمل ربط الشريان فى

---

(١) فائق الجوهرى ص ٤٢٢ .

الفخذ أعلى ورم أنيو رزمى، خاله ورما بسيطا حيث لايوجد فى الحالة ما يدعـــو إلى الشك فى أنهليس كذلك ولايلزم الجراح فى مثل هذه الأحوال بأن يستشير جراحا آخر أو يستعين بأحد زملائه (١).

ولايسأل الجراح عن إجراء العملية بطريقة دون طريقة أخرى طالما أن الطريقتين مسلم بهما علميا .

كما أنه لا مسئولية على الجراح إذا اتبع قواعد فنه و لم يحصل منه خطأ ما ، ولو لم يحصل من العملية على النتائج التى كان يمكن أن يحصل عليها منها طبيب أكثر مهارة .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى ١٩٤٧/٧/٢١ بأن الطبيب يسأل عن بتر ساق المريض إذا هو أخطأ فأمر مساعده برفع بعض أجزاء منضـــدة العمليات، دون أن يتنبه إلى ربط الساق بها ، فترتب على ذلك حدوث كسر بها إنتهى إلى بترها .

وقضـــت محكمة دويه فى ١٩٣١/١/١٩ بخطأ طبيب أجرى كحتا لمريضة ويده مصابة بعجز يمنعهامن الحركة . وقد أخذ عليه الخبراء أنه بعد أن خدر المريضة حاول أن يوسع عنق الرحم بالأدوات المعتادة ، ثم أدخل إصبعه لإجراء كحت إصبعى ، فلقى مقاومة حاول التغلب عليها فخرق الرحم ، ونقلت المرأة إلى المستشفى فى حالة سيئة . واستلزم الحال لإنقاذ حياتها بتر رحمها وعمل شرج صناعى لها .

---

(١) فائق الجوهرى ص ٤١٩ .

وقد قرر الخبراء أنه كان يجب على الطبيب إزاء الضيق البادى فى عنق الرحم وعدم انفتاحه بما فيه الكفاية ، عدم إجراء العملية التى لم تكن هناك حاجة عاجلة إلى إجرائها . ولكنه بدلا من ذلك حاول إدخال إصبعه فى رحم لم يتمددعنقه فأدى بذلك إلى تمزقه، وقد ساعد على ذلك عجز يده اليمنى بسبب إصابته فى الحرب واضطراره إلى الاعتماد على يده اليسرى وحدها " .

ويلتزم الجراح فى بعض الأحوال بحقن المريض بالمصل المضاد للتيتانوس.

وقـــد قضـــت محكمة النقض بتاريخ ١٩٧١/١٢/٢١ فى الطعن رقم ٤٦٤ لسنة ٣٦ ق بأن :

" وحيـــث إن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه بمسئولية الطاعن بصفته على قوله إن كبير الأطباء الشرعيين ذكر فى تقريره أنه وإن كان التداخل الجـــراحى الذى أجرى للمستأنف ضده (المطعون ضده) قد أجرى وفق الأصـــول الفنية الصحيحة، وأنه ليس ثمة ما يمكن نسبته إلى المستشفى من خطـــأ أو إهمال فى هذا الصدد، إلا أنه من ناحية أخرى فإن هذا التداخل الجراحى قد أجرى متأخرا بعد أن كان قد انقضى على بدء العلاج بالمستشفى حـــوالى الشـــهرين رغم ما هو ثابت بالأوراق الطبية من حصول نقص واضح فى الإبصار بالعين اليمنى من ٦/٩ إلى ٦/٦٠ وبالعين اليسرى من ٦/٣٦ إلى ٦/٦٠ وبالـــرغم من أن توتر العينين لم يستقر على وضع ثابت، وكان

الأجدر التبكير بالعلاج الجراحى مادامت حالة العينين لاتستجيب للعلاج الدوائــى، فضلا عن أن العين اليمنى لم توضع بعد العملية تحت الملاحظة الكافية لقياس قوة إبصارها وتوترها وميدان النظر فى فترات متضاربة، رغم مـــا هو ثابت بالأوراق من عدم استقرار حالتها واستمرارشكوى المريض مـــن الصداع بحيث إزادادت التغيرات الضمورية بالعصب البصرى حتى فقدت العين إبصارها دون اتخاذ إجراء آخر لعلاج التوتر الغير مستقر فى هـــبوطه وأنـــه يؤخذ على المستشفى أنها وقد تبين لها عدم استجابة عين المـــريض للعلاج الطبى فإنه يكون من الضرورى أن تبادر بإجراء الجراحة بعـــين المصاب بمجرد أن تبين عدم استجابتها للعلاج الدوائى، وأن العين الـــيمنى لو لوحظت بعد الجراحة للتعرف على مدى احتياجها لعلاج آخر أو جـــراحة ثانـــية تجرى فى الوقت المناسب لكان من المحتمل أن يسفر العلاج عن نتجية أفضل مما انتهت إليه حالة المريض وهذا الذى ذهب إليه كبير الأطباء الشرعيين فى تقريره واضح الدلالة على قيام الخطأ فى العلاج الـــذى أسفر عن الأضرار الجسيمة التى حاقت بالمستأنف ضده " المطعون ضـــده" طالـــب الـــتعويض . وأما قول المستأنف " الطاعن" إنه استعان بطبيـــبين أخصـــائيين فإنه لا يدرأ عنه شهبة الخطأ ، ذلك أن أولهما لم يستدع إلا بعد دخول المريض بحوالى شهر ، وإذا كان هذا الاخصائى قد أشار بعلاج دوائى فإن هذا لايعفى المستأنف " الطاعن" من المسئولية لقاء

الثابـــت مـــن تقرير كبير الأطباء الشرعيين من أن حالة مثل هذا المريض كانـــت تستدعى التداخل الجراحى فور اكتشاف حقيقة المرض ، وخطأ هذا الأخصائى فى العلاج لايعفى المستأنف " الطاعن" من المسئولية ، وأما الأخصائى الآخر وهو الدكتور محمود عبد الحميد عطيه فإنه لم يستدع إلا بعد إجراء الجراحة بوقت طويل ولايشفع ما أشار به من علاج دوائى بعد الجراحة فى نفى المسئولية عن الطاعن فى التداخل الجراحى الذى كان يجب المـــبادرة به فوراكتشاف طبيعة المرض " ومفاد هذا الذى قرره الحكم أنه اعتبر التراخى فى إجراء التداخل الجراحى بعينى المطعون ضده مدة تقرب من الشهرين على الرغم من أن حالته كانت تستلزم ضرورة المبادرة باتخاذ هـــذا الإجراء على أثر ظهور عدم جدوى العلاج الدوائى — اعتبر الحكم ذلـــك خطأ من جانب أطباء المستشفى العسكرى العام لا يبرره تذرعهم بأنهم استعانوا فى علاج المطعون ضده بطبيبين إخصائيين ، وأنه إلى جانب هذا الخطأ يقوم خطأ آخر وقع فيه أطباء المستشفى العسكرى العام هو أنهم لم يـــبذلوا العناية الكافية للعين اليمنى بعد إجراء الجراحة فيها ، وقد أدى ذلك إلى فقد أبصار هذه العين، وأن هذين الخطأين يوجبان مساءلة الطاعن بصفته . ولما كان التزام الطبيب- وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة- ليس التزاما بتحقيق نتيجة هى شفاء المريض ، وإنما هو التزام ببذل عناية إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق فى

غـــير الظـــروف الاســـتثنائية مع الأصول المستقرة فى علم الطب فيسأل الطبيب عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لايقع من طبيب يقظ فى مستواه المهـــنى وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول ، كمـــا يسأل عن خطئه العادى أيا كانت درجة جسامته . لما كان ذلك وكـــان الحكم المطعون فيه قد سجل فى حدودسلطته التقديرية أخذا بما أثبته كبيرالأطباءالشرعيين فى تقريره وعلىماسلف البيان أنأطباءالمستشفى العســـكرى العام لم يبذلوا العناية الواجبة فى رعاية العين اليمنى بعد إجراء الجـــراحة فيها إذ لم توضع هذه العين بعد العملية الجراحية تحت الملاحظة الكافـــية ، وذلـــك بقياس قوة إبصارها وتوترها وميدان النظر فى فترات مـــتقاربة ، رغم ما هو ثابت بالأوراق من عدم استقرار حالتها واستمرار شـــكوى المطعون ضده من الصداع بحيث ازدادت التغيرات الضمورية بالعصب البصرى حتى فقدت العين إبصارها دون اتخاذ إجراء آخرلعلاج التوتر الغير مستقر، واعتبر الحكم ذلك خطأ موجبا لمساءلتهم عن الضرر، وهو استخلاص من الحكم سائغ، وكان لمحكمة النقض أن تراقب محكمة الموضـــوع فى وصـــفها للفعل أو الترك بأنه خطأ مما يستوجب المسئولية المدنية، وكان ماوصفه الحكم المطعونفيه بأنه خطأ وقعمن الطاعن بصفته يصدق عليه وصف الخطأ بمعناه القانونى، وإذكان من المقرر فى قضاء هذه المحكمـــة أن استخلاص محكمة الموضوع لعلاقة السببية بين الخطأ والضرر

هو مما يدخل فى تقديرها متى كان سائغا، وكان ما استخلصه الحكم فى هذا الشأن وعلى ما سلف البيان هو استخلاص سائغ، وأنه لايكفى لانتفاء هذه العلاقة ما أورده كبير الأطباء الشرعيين فى تقريره من أن إصابة صغار السن بالأجلوكوما الابتدائية كثيرا ما تنتهى إلى ذات النتيجة التى وصل إليها المطعون ضده ، ذلك أنه يجب لاستبعاد خطأ الطاعن كسبب للضرر أن يتوافر السبب المشار إليه فى خصوصية هذه الدعوى، وأن يثبت أنه السبب المنتج فى إحداث الضرر وكان التقرير قد اكتفى بإيراد رأى علمى مجرد على النحو السالف ذكره دون أن يثبت توافر هذا العامل الخلقى فى خصوصية حالة المطعون ضده وأنه السبب المنتج فى إحداث الضرر، فلا على الحكم إن هو لم يعتد به فى نفى علاقة السببية.

لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى توافر عناصر المسئولية فى هذا الخصوص فى حق أطباء المستشفى العسكرى أخذا بالرأى الفنى الذى أثبته كبير الأطباء الشرعيين فى تقريره ، فإن فى ذلك الرد على ما أثاره الطاعن فى شأن عدم الاعتداد بالتقرير فى هذا الخصوص . لما كان ما تقدم جميعه فإن ما ذهب إليه الحكم من أن ما وقع من الطاعن بصفته على النحو السالف بيانه يعد خطأ يستوجب مسئوليته، وعلى هذا الأساس أدخل فى عناصر التعويض الذى قضى به ما أصاب المطعون ضده من ضرر عن فقد إبصار عينه اليمنى نتيجة الإهمال فى علاجها وملاحظتها ورعايتها بعد إجراء الجراحة فيها فإنه لايكون مخطئا فى القانون أو مشوبا بالقصور فى التسبيب ومن ثم فإن جميع ما يعيبه الطاعن على الحكم فى

هذا الخصوص يكون غير سديد، إلا أنه لما كان الحكم لم يستند فى قضائه بمسئولية الطاعن بصفته إلى هذا الخطأ الثابت فى جانبه فحسب، وإنما استند أيضا إلى تراخى أطباء المستشفى العسكرى العام فى إجراء التداخل الجراحى مدة تقرب من الشهرين، مع أن حالة المطعون ضده كانت تستلزم المبادرة باتخاذ هذا الإجراء فور ظهور عدم جدوى العلاج الدوائى الذى استمر عليه طوال تلك المدة ، دون أن يتحقق الحكم من أن العلاج الدوائى الذى اتبعه الأطباء مع المطعون ضده على النحو الذى أورده كبير الأطباء الشرعيين فى تقريره الذى اعتمد عليه الحكم فى قضائه، كان لايتفق مع ما تقضى به الأصول المستقرة فى علم الطب وهو ما يجب توافره لمساءلة الطبيب عن خطئه الفنى، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون فوق خطئه فى تطبيق القانون فى هذا الخصوص قد شابه القصور فى التسبيب بما يستوجب نقضه لذلك، طالما أنه قضى بتعويض إجمالى عن الأضرار التى حاقت بالمضرور ومن بينها الضرر الناجم عن خطأ الطاعن فى التراخى فى إجراء التداخل الجراحى والذى قصر الحكم فى استظهار الشرط اللازم توافره لثبوته فى حق أطباء المستشفى العسكرى العام على النحو السالف بيانه " .

(ج)– بعد إجراء الجراحة :

يظل الجراح مسئولا عن المريض خلال الفترة التى تعقب العملية الجراحية. ويقع الالتزام بمراقبة المريض بعد العملية فى المقام الأول على الجراح ولو كان قد استعان بطبيب للتخدير، وهذا لاينفى مسئولية طبيب التخدير المختص بالإنعاش فيما يختص بتخصصه .

وهذا الالتزام يقتضى من الجراح انتقاله لرؤية حالة الجرح، فلا ينبغى أن يكتفى بالتفسيرات أو الإيضاحات التليفونية، وأن يراقب الجبس بعد الكسر وأن يفك الجبس فى حالة الألم أو ظهور أى علامة للشك . وهو يعتبر مسئولا عن الغرغرينة التى تحدث نتيجة عدم المراقبة ، ويعتبر مسئولا أيضا إذا لم يوجه المريض إلى طبيب متخصص إذا ظهرت عليه أعراض تستدعى ذلك[1] .

٢٤٧ـ جراحة التجميل :

ينقسم الطب الجراحى إلى نوعي : الجراحة العلاجية وهى التى تعنى بعلاج الأمراض ، فيكون قصد الشفاء ملحوظا فيها، ثم جراحة التجميل أو جراحة الشكل ، وهى التى لايكون الغرض منها علاج مرض ، بل إزالة تشوية بالجسم. وقدعرفها الدكتور دارتيج بأنها: " مجموعة العمليات التى تتعلق بالشكل، والتى يكون الغرض منها علاج عيوب طبيعية أو مكتسبة فى ظاهر الجسم البشرى، تؤثر فى القيمة الشخصية ، أو الاجتماعية للفرد "[2].

وجراح التجميل – كغيره من الأطباء – لايضمن نجاح العملية التى يجريها، إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها فى أحوال الجراحة الأخرى،

---

(١) علاء الدين خميس ص ٣٠٨ .

(٢) راجع فائق الجوهرى ص ٣١٩ .

اعتبارا بأن جراحة التجميل لايقصدمنهاشفاء المريض من علة فى جسمه، وإنما إصلاح تشوية لا يعرض حياته لأى خطر .

وقـــد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٩/٦/٢٦ فى الطعن رقم ١١١ لسنة ٣٥ ق بأن :

١ -"وحيث إن مما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه القصور فى التسبيب والخطـــأ فى تطبيق القانون، وفى بيان ذلك تقول إنهـــا أثبتت أمام محكمة الموضوع أن الرقعة الجلدية التى وضعها المطعون ضده بذراعها الأيمن والتى نتج عنها تشويه ظاهر بجسمها لم تكن تستلزمها عملية التجميل التى اتفقت معه على أن يجريها لها ، وأنه لذلك يكون الخطأ ثابتا فى جانبه ، وقد برر المطعون ضده عمل هذه الرقعة بأنه فوجئ أثناء إجرائه للعملية بوجود ورم بهذا الذراع اشتبه فى أن يكون سرطانيا فاضطر لتوسيع الجرح حتى يتمكن مـــن استئصال هذا الورم وكان لابد بعد ذلك من عمل الترقيع، ومؤدى هذا الدفاع أنه كان فى حالة ضرورة من شأنها أن تدرأ عنه المسئولية فيما أجـــراه من توسيع فى الجرح ومن ترقيع له وإذ كانت الطاعنة قد أنكرت وجود الورم الذى ادعى المطعون ضده أنه وجده بذراعها واستأصله، وذكرت أنه يستحيل طبقا للأصول العلمية الثابتة فى المجال الطبى وجود ورم يمكن أن يشتبه فيه فى الوضع الذى أجريت فيه العملية، واستندت فى ذلك إلى مراجع علمية وإلى رأى الدكتور يحيى شريف الذى قدمت تقريرا استشاريا

مـــنه، فإنه كان يجب على محكمة الموضوع أن تطلب من المطعون ضده إثبات حالة الضرورة التى يستند إليها فى تبرير النتيجة السيئة التى انتهت إليها العملـــية أى إثبات وجود الورم، لكن المحكمة لم تفعل واكتفت فى الرد عـــلى دفاع الطاعنة فى هذا الخصوص بقولها فى حكمها المطعون فيه، أنه يكفـــى أن يشتبه المطعون ضده فى نوع الورم حتى يكون من واجبه أن يستأصـــله هو وما حوله من الأنسجة، وهذا الرد لايواجه دفاع الطاعنة المتضـــمن إنكارهـــا وجود ورم من أى نوع إذ أنه مع التسليم بصحة ما قـــرره المطعون ضده وسايره فيه الحكم المطعون فيه من أن الشك فى أمر الورم يبيح له ما فعل، فإنه لابد من ثبوت وجود الورم أيا كان نوعه ووصفه، وعبء هذا الإثبات يقع على عاتق المطعون ضده.وإذ كان لم يقدم دليلا عـــلى وجود الورم ولم يثبته فى أوراق المستشفى التى أجريت فيها العملية ولم يقدم نتيجة تحليل عينة الورم الذى ادعى أنه أجراه فى معامل مستشفى القصـــر العـــينى، كمـــا أن الطبيبين اللذين استند الحكم المطعون فيه إلى تقريـــريهما فى نفـــى الخطأ عن المطعون ضده ذكرا أنه لايمكنهما الجزم بوجود الورم ، وأقاما رأيهما بنفى الخطأ على أساس التسليم بصحة قول المطعون ضده بوجود هذا الورم فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يتحقق من وجـــود الورم، ولم يقم الدليل على ذلك يكون قاصر البيان، كما أن ما قـــرره مـــن أن ما حدث بذراعى الطاعنة من آثار الالتئام بسبب طبيعة

جلدهـــا هو الذى استدعى عمل الرقعة الجلدية لقفل الجرح يدل على أن المحكمـــة لم تـــدرك وقائع الدعوى، و لم تفهم ما ورد فى تقريرى الخبيرين المعينين فيها على وجهه الصحيح، فقد ظنت أن عمل الرقعة الجلدية يرجع إلى طبيعة جلد الطاعنة التى قال عنها الدكتور عبد اللهعلى إنها " كلويدية" أى أن لديهـــا استعدادا طبيعيا للتليف والبروز فى مكان التئام الجروح مع أنـــه لا علاقة لطبيعة الجلد بواقعة الترقيع فلا المطعون ضده ولا الدكتور عـــبد الله عـــلى قد ادعى أن طبيعة جلد الطاعنة هى التى استدعت عمل الرقعة الجلدية، بل هما استندا إلى هذا الأمر فى تبرير وجود البروز فى مكان التـــئام الجـــروح لا فى تبرير عمل الرقعة الجلدية، وبذلك تكون محكمة الاســـتئناف قـــد أقامت قضاءها بنفى مسئولية المطعون ضده عن إجراء الترقيع الذى أحدث تشويها ظاهرا بجسم الطاعنة على فهم خاطئ لعناصر الدعوى ومخالف لما ورد فى تقريرى الخبيرين اللذين أخذت بهما المحكمة.

وتضيف الطاعنة فى السبب الأخير من أسباب الطعن ما مفاده أن مسئولية الطبيب الجراح هى مسئولية تعاقدية وأن هذه المسئولية تختلف باختلاف مستوى الطبيب العادى فمسئولية الطبيب الاخصائى أشد من مسئولية الطبيب العادى، وأن التزام الطبيب فى جراحة التجميل هو التزام بنتيجة فإذا لم تؤد العملية إلى تجميل بل أدت إلى تشويه فإن الطبيب يكون قد أخل بالتزامه التعاقدى وحقت عليه المسئولية وتنتهى الطاعنة إلى أن الحكم المطعون فيه

إذ لم يطبق هذه القواعد القانونية يكون مخالفا للقانون علاوة على ما شابه من قصور على النحو السالف بيانه .

وحيث إن مسئولية الطبيب الذى اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هى مسـئولية عقدية ، والطبيب وإن كان لايلتزم بمقتضى العقد الذى ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التى يجريهاله، لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق- فى غير الظروف الاستثنائية — مع الأصول المستقرة فى علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لايقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول، وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لايضمن نجاح العملية التى يجريها، إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها فى أحوال الجراحة الأخرى، اعتبارا بأن جراحة التجميل لايقصد منها شفاء المريض من علة فى جسمه وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأى خطر. ولئن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزاما ببذل عناية خاصة ، أن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب كما إذا أثبت أن الترقيع الذى أجراه له جراح التجميل فى موضع الجرح والذى نتج عنه تشويه ظاهر

بـ...مه لم يكن يقتضيه السير العادى لعملية التجميل وفقا للأصول الطبية المســتقرة، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه ،فينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب ، ويتعين عليه لكــى يدرأ المسئولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التى اقتضت إجراء الترقيع والتى من شأنها أن تنفى عنه وصف الإهمال . لما كان ذلك وكــان الثابــت أن الطاعنة تمسكت أمام محكمة الموضوع بدرجتيها أن المطعون ضده أخطأ خطأ جسيما لوضعه رقعة جلدية بذراعها الأيمن نتج عــنها تشــويه ظاهــر بهذا الذراع ، ودللت على هذا الخطأ بأن عملية التجميل التى اتفقت مع المطعون ضده على أن يجريها لها لم تكن تستلزم بحسب سيرها الطبيعى عمل الرقعة الجلدية، وإنما برر المطعون ضده إجراء الترقيع بأنــه فوجئ بعد شق جلد الذراع الأيمن بوجود ورم اشتبه فى أن يكون خبيثا فاضطر لتوسيع الجرح ليتمكن من استئصال هذا الورم، وكان لابد بعــد ذلــك من عمل الرقعة لتغطية الجزء الذى نزع منه الجلد، وكانت الطاعــنة قد أنكرت وجود الورم الذى ادعى المطعون ضده أنه استأصله وطالبته بتقديم الدليل على وجوده، وقد رد الحكم المطعون فيه على دفاع الطاعنة فى هذا الخصوص بقوله " إن هذا الذى تقوله المستأنفة **(الطاعنة) لايفــيدها بشئ** فقد اتفق خبيرا الدعوى – وهما الدكتور جمال البحيرى والدكتور عبد الله على – على أنه إذا اشتبه الطبيب الجراح فى نوع الورم

فيجب عليه استئصالا كاملا على أوسع نطاق سواء ظهر بعد ذلك أن الأورام كانت خبيثة أو حميدة وعلى هذا الأساس فإنه يكفى أن يشتبه المستأنف عليه فى نوع الورم بذراعى المسأنفة حتى يكون من واجبه أن يستأصل هذا الورم وما حوله من أنسجة سليمة، وهذا ما فعله المستأنف عليه وأقره عليه خبيرا الدعوى ... وحيث إنه استبان مما تقدم ومن تقريرى خبيرى الدعوى أن المستأنف عليه لم يرتكب خطأ فى عملية التجميل التى أجراها للمستأنفة وأنه راعى فى إجرائها القواعد الفنية الصحيحة وأصول المهنة ، فإن ماحدث بذراعى المستأنفة من آثار الالتئام كان بسبب طبيعة الجلد مما استدعى عمل رقعة جلدية لقفل الجرح وهذا لايمكن للطبيب معرفته قبل إجراء العملية " . وهذا الذى قرره الحكم المطعون فيه وأقام عليه قضاءه بنفى الخطأ عن المطعون ضده بالنسبة لعمل الرقعة بالذراع الأيمن للطاعنة ، ينطوى على قصور فى التسبيب وخطأ فى الإسناد ومخالفة للثابت فى الأوراق، ذلك بأنه وقد قام دفاع الطاعنة على أنه لم يكن بذراعها الأيمن أى ورم وطالبت المطعون ضده بتقديم الدليل على ما ادعاه من وجود هذا الورم، فإن ما قاله الحكم من أنه يكفى أن يشتبه المطعون ضده فى نوع الورم فى ذراع الطاعنة حتى يكون من واجبه أن يستأصله هو وما حوله من أنسجة، لايواجه دفاع الطاعنة فى هذا الخصوص بما يقتضيه، لأنه يجب لاستقامة قول الحكم أن يثبت أولا وجود

ورم من أى نوع حتى يصح أن يقوم الاشتباه فى أمره، وإذ خلا الحكم من إيراد الدليل على ذلك وكان ما أسنده إلى تقريرى الخبيرين الدكتور جمال السبحيرى والدكتور عبد الله على من أن طبيعة جلد الطاعنة هى التى استدعت عمل الرقعة الجلدية، لا أصل له فى هذين التقريرين ولا فى أوراق الدعوى الأخرى، ذلك أنه لا أحدا من الخبيرين ولا المطعون ضده نفسه ذكر أن طبيعة جلد الطاعنة كان لها دخل فى عمل الرقعة، وإنما استند المطعون ضده والدكتور عبدالله على إلى هذا الأمر فى تبرير حصول البروز والاتساع فى أثر الالتئام بالذراعين لا فى تبرير عمل الرقعة أما هذه الرقعة فقد ذكر المطعون ضده والخبيران فى تبريرها أن استئصال الورم استلزام توسيع الجرح بالذراع الأيمن وأن اتساع الجرح هو الذى اقتضى عمل الترقيع لتغطية الجزء الكبير الذى نزع منه الجلد حتى يلتئم الجرح . ولما كان ذلك وكان تقريرا الخبيرين اللذين اعتمد عليهما الحكم المطعون فيه فى نفى الخطأ عن المطعون ضده لا ينتفى بهما خطؤه عن عمل الرقعة الجلدية بالذراع الأيمن للطاعنة إلا إذا ثبت وجود ، الورم الذى ادعى وجود، وكان الدكتور البحيرى وإن ضمن تقريره أنه لايمكن الجزم بصحة أو عدم صحة ادعاء المطعون ضده بوجود الورم، وأنه لو كان المطعون ضده قد قدم التقرير الخاص بنتيجة تحليل الورم لكان فى ذلك الدليل القاطع على صحة قوله، لكنه لم يقدم هذا التقرير إلا أن الدكتور البحيرى

مع ذلك قد نفى عن المطعون ضده الخطأ بالنسبة لعمل الرقعة الجلدية على أســاس مجرد افتراض بأنه قد اتبع فى إجراء العملية ما تقضى به الأصول الفنــية من قياس للجرح بعد تشريح الشحم من الأنسجة وقبل أن يقطع الشــحم والجلــد لإزالته، وهذا الافتراض لايصلح أساسالنفى المسئولية مادامـــت الطاعــنة تنكرعلى المطعون ضده اتباعه تلك الأصول الفنية ، وطالمـــا أن الحكم المطعون فيه لم يقم الدليل على صحة هذا الافتراض أو عـــلى وجود الورم الذى بدونه لا يكون إجراء الترقيع مبررا من الوجهة الطبية حسبما جاء بتقريرى الخبيرين اللذين أخذ بهما الحكم المطعون فيه . لما كان ذلك وكان خطأ محكمة الاستئناف فى فهم السبب الحقيقى لعمل الــرقعة الجلديـــة حسبما ورد بأقوال المطعون ضده وفى تقريرى الخبيرين المعينين فى الدعوى، قد حجب المحكمة عن التحقق من قيام حالة الضرورة التى يستند إليها المطعون ضده والخبيران فى تبرير عمل الرقعة الجلدية، فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوبا بالقصور، بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن" .

ويجـــب عـــلى جراح التجميل قبل إجراء الجراحة مراعاة الملاءمة بين درجة العيب الذى يشكوه المعيب ، والخطر الذى يتعرض له من الجراحة. ويجـــب أن يدخـــل فى تقديـــر درجة العيب الآثار النفسية والاجتماعية

والعقليـــة . فجراحة التجميل هى جراحة جائزة لأن عنصر الشفاء يتوافر فيها ، إن لم يكن من الناحية الجسدية فمن الناحية النفسية .

فإذا أقدم الجراح على الجراحة دون وجود ملاءمة بين الحالة التى يشكو مـــنها المعيب والخطر الذى يتعرض له كان الجراح مسئولا عما يحدث من أضرار للمريض .

وتطبـــيقا لذلك قضت محكمة ليون فى ١٩٣٧/٣/١٧ بأن الطبيب الذى يجرى إزالة الشعر من جسم سيدة بواسطة العلاج الكهربائى متى لم يقع منه تقصير فى العلاج ، لايسأل عن الضرر الحادث لتلك السيدة مادام هناك تناسب بين النتيجة المرجوة والمخاطر العادية للعلاج الكهربائى.

ولما كان التزام الجراح فى الأحوال العادية بإحاطة المريض بتفصيلات حالـــته يتقـــيد بما تفرضه الضرورة أو ما توجبه مصلحة المريض من عدم إحاطته بهذه التفصيلات ،حتى لا تهبط روحه المعنوية ويضيع بذلك عنصرا من أهم العناصر لنجاح العلاج . فإنه فى جراحة التجميل ليس ثمة ما يقيد هذا الالتزام إذ المفروض أن تدخل الجراح لاتدعو إليه أية ضرورة عاجلة، لذلك تشددت المحاكم فى فرنسا فى وجوب تنبيه المريض إلى النتائج المحتملة لتدخله الجراحى حتى يكون على بينة من المخاطر التى يتعرض لها وهو فى معرض الموازنة بين مخاطر العملية والفائدة التى يرجوها من ورائها [١].

---

(١) حسن الإبراشى ص ٣٠٢ .

٢٤٨ـ مسئولية طبيب التخدير :

أصـــبح مـــن المتفق عليه الآن هو ضرورة وجود طبيب للتخدير أثناء الجـــراحة، ولايجـــوز للجراح فى غير حالة الضرورة تخدير المريض بمفرده ويلتزم طبيب التخدير مبدئيا بفحص المريض ليتمكن من تحديد حالته وما يجـــب أن يوصف لها من وسائل التخدير، وتحديد جرعة المخدر المناسبة للمريض من ناحية حالته الصحية بصفة عامة، وحالة قلبه وجهازه العصبى بصـــفة خاصـــة . فلا يكفى إذن مجرد سؤال طبيب التخدير عن المريض صـــباح يـــوم الجراحة دون إجراء أى فحص مكتفيا بالملاحظة الظاهرية وإسناده إلى الممرضة إجراء اللازم .

وعليه أن يتأكد من خلو المعدة من أى طعام ، فطبيب التخدير لاينبغى أن يقـــوم بالتخدير إذا لم يكن متأكدا من أن المريض صائم ، وإذا كانت سيدة يتأكد من أنها غير حامل .

ولاخطـــأ على الطبيب إذا استعمل نوعا من البنج لاتزال الآراء الطبية مختلفة فى شأنه طالما أنه لم يقع منه خطأ فى استعماله وأن هذا النوع تخطى مرحلة التجرية وأصبح شائعا فى الأوساط الطبية . كما أنه يعتبر مسئول إذا لجأ إلى طريقة أكثر خطورة من طريقة أخرى .

ويجب على طبيب التخدير فحص النظام الوريدى للمريض قبل استخدام الحقـــنة ، وذلك لاحتمال اختيار نظام آخر يكون أكثر ملاءمة لظروف المريض .

ويجب أن يتأكد من ثبوت الإبرة فى الوريد . وعليه التوقف عن الحقن إذا ظهرت بالمريض آلام غير عادية نتيجة لعدم ثبوت الإبرة فى موضعها.

ويتعين عليه الاحتياط بجهاز إنعاش قبل إجراء العملية .

ويجب أن يراقب ظهور أية حساسية للمريض من المخدر ، وأن يوقف التخدير وأن يسارع باتخاذ الإجراءات الواجبة فى هذا الشأن.

ويعتبر طبيب التخدير مسئولا أيضا عن إحداث نخد (موت موضعى) فى ذراع المريض نتيجة تغلغل السائل المخدر فى الأنسجة تحت الجلد[١].

وتســـتمر مسئولية طبيب التخدير أثناء إجراء الجراحة ، فيجب عليه ملاحظـــة حالة المريض بدقة من حيث التنفس والقلب واستقرار الأعضاء فى وضـــعها السليم وتثبيت المريض فوق منضدة الجراحة حتى يكون فى مأمن من خطر الوقوع .

وقد قضت محكمة استئناف باريس فى ٤ يولية سنة ١٩٣٢ باعتبار الطبيـــب مســئولا عما يصيب المريض من حروق بسبب حافظات الماء الساخن التى وضعت القرب منه وقبل أن يفيق من تأثير البنج .

---

(١) علاء الدين خميس ص ٣٢٩ وما بعدها .

ويقع على عاتق طبيب التخدير مراقبة المريض بعد إجراء الجراحة من وقت مغادرته غرفة العمليات حتى يفيق من التخدير ويستدل الأطباء على الإفاقة الكاملة بعودة أعضاء جسم المريض لاستئناف وظائفها الحيوية ولاسيما المعدة والأمعاء ويجب على الطبيب التأكد من خمس علامات هي:

١- حركة عضلات البلعوم بحيث تعود إلى حالتها الطبيعية .

٢- حركة أعضاء الجسم .

٣- رد فعل الجسم إزاء وخز الجلد بآلة شائكة .

٤- استجابة المريض لنداء وحركات الآخرين على نحو واضح.

٥- عودة الجهاز التنفسى لحالته الطبيعية .

ويكون طبيب التخدير مسئولا عن أخطاء مساعديه كالممرضات[1].

وقد جرت التقاليد والعادات المهنية بأن يترك طبيب التخدير للممرضات مهنة الإشراف على المريض حتى يفيق من المخدر، وهذه التقاليد والعادات المهنية ليست إلا الحد الأدنى لما يجب أن يبذله رب المهنة من احتياطات وهو حد قد يثبت أنه دون ما تتطلبه المصلحة العامة، فليس اعتياد الأطباء ترك المرضى لعناية الممرضات سببا لإعفائهم من المسئولية متى ثبت أن سلوكهم هذا كان ينطوى على الإهمال بالنظر إلى حالة المريض وما تتطلبه من عناية فنية خاصة [2].

---

(١) علاء الدين خميس ص ٣٣٣ وما بعدها .

(١) حسن الإبراشى ص ٣٣٦ .

٢٤٩ـ مسئولية الجراح عن أخطاء مساعديه :

(أ) – إذا كانت العلاقة بين الجراح والمريض تعاقديه :

إذا كانت علاقة الجراح بالمريض علاقة تعاقدية –على النحو الذى أوضحناه سلفا– فالمقرر أن المدين فى الالتزام التعاقدى يكون مسئولا عن عمل الغير إذا كان قد استخدمه فى تنفيذ التزامه التعاقدى .

وبالترتيب على ذلك فإن الجراح يكون مسئولا عن أخطاء مساعديه، سواء من الأطباء . أو الممرضات ، ويدخل فى هؤلاء المساعدين طبيب التخدير وكل من يتدخل فى الفريق الجراحى دون أن يمنعه الجراح من ذلك مع كونه قادرا على منعه [١].

فإذا وقع خطأ من أحد هؤلاء كان الجراح مسئولا عنه قبل المريض ، وقد رأينا سلفا أن الجراح يسأل عن الخطأ الذى ترتكبه الممرضة بنسيان آلة طبية أو قطعة من الشاش أو نحوها فى بطن المريض .

فالجراح هو رئيس الفريق الطبى وسيد العملية الجراحية، ويصور الفقه الجراح وهو فى غرفة العمليات بأنه مثل قبطان السفينة له كل السلطة على طاقمها ، أما طبيب التخدير فيكون مثل الضابط الميكانيكى على السفينة، له أهمية ولكن ليست له القيادة.

---

(٢) حسن الإبراشى ص ٣٦٠ .

فيرجــع إلى الجراح تنظيم وتسيير العمل الجراحى كله من أوله حتى آخره ، وذلك طبقا للأصول العلمية المستقرة فى علم الطب ، لأن حالات العمل الجراحى دائما حرجة وقد تطرأ عليها ظروف جديدة ، تحتاج إلى قرار فورى وسريع ، وهذا القرار يجب اتخاذه فورا ليتناسب مع أى تغيير يطــرأ على حالة المريض ، ولايجب التروى فيه أو مناقشته أو أخذ أغلبية الأصوات فى الفريق الطبى(١) .

غير أنه إذا كان المريض هو الذى تعاقد مع طبيب التخدير، فإن الجراح لايســأل عن أخطائه لأنه يكون أجنبيا عن العلاقة التعاقدية التى تمت بين المريض وطبيب التخدير (٢).

---

(١) راجع فى هذا الشأن علاء الدين خميس ص ٢٩٩ وما بعدها – فائق الجوهرى ص ٣٧٥ وما بعدها .

(٢) ولانقـرمـا يذهـب إليه البعض مؤيدا بقضاء محكمة النقض الفرنسيةمن أنه يتســاوى مع تعاقد المريض مع طبيب التخدير ، اتجاه إرادة المريض إلى مباشرة طبيب التخدير لتخديره كأن تنصرف إرادة المريض – ضمنا – إلى قبول عمل طبيب التخدير ، تأسيسا على أنه إذا قام هذا الأخير بفحص المريض قبل إجراء الجــراحة ، ونــاقش معه الأسلوب الذى سيتبعه فى حدود إلمام المريض فى هذا الشــأن فيمكن القول بأن إرادة المريض قد انصرفت ضمنا إلى أن يتم التخدير بواسطة هذا الطبيب ، ومن ثم تقوم بينهما علاقة تعاقدية مباشرة حتى لو كان الجــراح هــو الذى اختار هذا الطبيب فى الأصل (الدكتور حسن أبو النجا=

وهذا ما قضت به محكمة النقض فى حكمها الصادر بجلسة ١٩٦٩/٧/٣ فى الطعن رقم ٤١٧ لسنة ٣٤ ق (الحكم منشور فى هذا البند كماسيجىء) .

ولكن لايسأل الجراح عن كميات الدم التى تنقل إلى المريض لأنه لايجرى تحليل الدم بنفسه للوقوف على صلاحيته الطبية من عدمه، وإنما يحصل على الدم من أحد بنوك الدم المتخصصة ، ويقع على عاتقها مسئولية اختلاف الدم عن فصيلة المريض أو وجود جراثيم به . ومع ذلك يرجع المريض على الجراح لأنه تعهد بمقتضى العقد معه ، على تقديم الدم السليم الذى يتفق فى الفصيلة مع دمه، فيكون التزامه مع مريضه فى هذا الشأن هو ذات التزام بنك الدم قبله التزاما بنتيجة ، ولعدم وجود علاقة تعاقدية بين المريض ومركز الدم لايستطيع الرجوع عليه إلا بموجب المسئولية التقصيرية .

=المسئولية العقدية عن فعل الغير أساسها وشروطها ١٩٨٩ ص ٩٠- نقض فرنسى فى ١٩٨٣/١٠/٢٤)- ذلك أن اختيار الجراح لطبيب التخدير لايمكن أن يستفاد منه اتجاه إرادة المريض إلى قبول التعاقد مع طبيب تخدير قد فرض عليه، ولا يمكن القول بأن سكوت المريض على مباشرة طبيب التخدير لمهام تخديره رضاء منه على أن يقوم بتخديره ، لأن المريض فى هذه الظروف مغلوب على أمره وليس له حرية كاملة – وهو بين يدى الجراح – أن يبدى اعتراضه على طبيب التخدير (علاء الدين خميس ص ٣٤٤ وما بعدها) .

وبعض الفقه فى مصر أجاز للمريض الرجوع مباشرة على مركز نقل الـــدم بالدعوى العقديةعلى تقدير قيام اشتراط لمصلحته ، فى العقد الذى أبرمه طبيبه مع ذلك المركز [١].

(أنظر فى التفصيل بند ٢٥٧) .

(ب)– إذا كان الجراح يعمل بمستشفى حكومى :

إذا كان الجراح يعمل بمستشفى حكومى ، فإن علاقته بالدولة تكون علاقـــة تنظيمية لائحية . وبالتالى لايمكن إسناد ثمة مسئولية إليه إذا وقع خطأ من أعضاء الفريق الطبى الموجودين معه ، ولوكان الخطأ من طبيب التخدير ، لأنه بحكم كونـــه طبيبا بالمستشفى مـــا كان يستطيع أن يمنع الطبيب الذى عينته إدارة المستشفى للقيـــام بعمليات التخـــدير ، أو يمنع المســـاعدين الآخـــرين من مباشرة عملهم ، أو يختار غيرهم ولايستطيع المريض الرجوع عليه على أساس مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه المقررة فى المادة ١٧٤ مدنى لأنه يشترط لقيام هذه التبعية أن يكون للمتبوع على التابع سلطة فى رقابته وتوجيهه، وهذه السلطة لا تكون للطبيب الجراح فى

---

(١) الدكـــتور محمـــود جمال الدين زكى مشكلات المسئولية المدينة الجزء الأول ١٩٧٨ ص ٣٧٨ وما بعدها .

مستشفى حكومى على الطبيب الذى عينته إدارة المستشفى لإجراء التخدير أو على غيره من المساعدين .

غير أنه يجوز للمريض الرجوع على من صدر منه الخطأ على أساس المسئولية التقصيرية والرجوع على الحكومة أيضا باعتبارها مسئولية عن خطأ تابعها عملا بالمادة ١٧٤ سالفة الذكر .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الحكم قد خلص إلى أن وفاة مورث المطعون ضدهم الثلاثة الأول قد حدثت نتيجة خطأ فى عملية التخدير التى باشرها المطعون ضده السادس ولم يساهم فيها الطاعن ، ولم يسند الحكم إلى الطاعن أى خطأ فى الجراحة التى أجراها للمورث ، فإنه لايمكن إسناد أى خطأ تقصيرى لشخص الطاعن لأنه بحكم كونه طبيبا بالمستشفى ماكان يستطيع أن يمنع الطبيب الذى عينته إدارة المستشفى للقيام بعمليات التخدير- فى الفترة التى أجريت فيها الجراحة — من مباشرة عملية تخدير المورث أو أن يختار غير هذا الطبيب للقيام بهذه العملية ،ولاعبرة بما قرره الحكم من أن طبيبا آخر متخصصا كان قد أشار قبل إجراء العملية للمورث ببضعة أيام بإعطائه بنجا موضوعيا مادام الثابت أن هذا الطبيب المتخصص كان فى إجازة فى اليوم الذى أجريت فيه العملية للمورث ، وأن إدارة المستشفى عهدت إلى المطعون ضده السادس بالقيام بعمله مدة تغيبه، ولم يكن

بالمستشفى فى اليوم الذى أجريت فيه العملية للمورث طبيب آخر متخصص فى التخدير كان يمكن للطاعن أن يستعين به فى تخدير المورث".

٢-" إنه وإن كان قيام رابطة التبعية لايقتضىأن يكون المتبوع حرا فى اختيار تابعه إلا أنه يشترط لقيام هذه التبعية أن يكون للمتبوع علىالتابع سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه ، وهذه السلطة لاتكون للطبيب الجراح فى مستشفى عام على الطبيب الذى عينته إدارة المستشفى لإجراء التخدير، ومن ثم فإن هذا الأخير لايعتبر تابعا للطاعن فى حكم المادة ١٧٤ من القانون المدنى " .

٣- " متى انتفى وقوع خطأ شخصى من جانب الطاعن ، وكان لايجوز مساءلته عن خطأ المطعون ضده السادس على أساس أن الأخير تابع له ، وكان أيضا لايمكن مساءلة الطبيب إلا على أساس المسئولية التقصيرية ، لأنه لايمكن القول فى هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه حتى ينعقد عقد بينهما ، كما لايمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطبائها، لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التى يتبعها هى علاقة تنظيمية وليست تعاقدية، وبذلك لا يكون هناك محل لبحث مسئولية الطاعن فى دائرة المسئولية التعاقدية، ولوأن الأمر لايتغير فى هذه الحالة لأن المدين بالتزام تعاقدى لايسأل عن عمل الغير إلا إذا كان قد استخدمه فى تنفيذ التزامه التعاقدى، مما

يقتضــى ألا يسأل الجراح عن خطأ صادر من أحد مساعديه من الأطباء يصــيب المريض بضرر ، إلا إذا كان قد اختار هوهذا المساعد لمعاونته فى العملــية أوتــركه يتدخل فيها مع استطاعتهمنعهمن هذا التدخل وهو ما لايتوافر فى حالة الطاعن".

(طعن رقم ٤١٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٧/٣)

(ج) – إذا كان الجراح يعمل بمركز طبى أو مستشفى خاص:

إذا كان الطبيب يعمل بمركز طبى أو مستشفى خاص وكان مساعدوه معينين من قبل المستشفى ولاسلطانله عليهم ولايملك استبدال غيرهم بهم، فإنــه لايكــون لــلجراح ســلطة فعلية فى رقابتهم وتوجيههم، ومن ثم لايعتبرون تابعين له ، ولايسأل عن أخطائهم على أساس مسئولية المتبوع عن أعمال التابع بالتطبيق لحكم ١٧٤ من القانون المدنى.

(راجــع نقــض طعن رقم ٤١٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٧/٣ "منشور سلفا فى هذا البند (ب) ") .

٢٥٠ـ مسئولية المستشفى الحكومى :

المستشــفيات الحكومــية هى مصالح عمومية يجرى العمل فيها طبقا للقوانين واللوائح التى تنطبق ليس فقطعلى القائمين بأمرها بلعلى المرضى الذين يعالجون فيها فهؤلاء جميعا فى مركز قانونى تحدده قوانين المصلحة.

وإذا لم يكـــن هـــناك شك فى أن علاقة الموظفين بالدولة هى علاقة قانونية فالحال يجب أن يكون بالمثل بالنسبة للمستفيدين من المرافق العامة فهم أيضا فى مركز لائحى بعيد عن أن يكون تعاقديا.

ذلك أن حقوق المستفيدين والتزاماتهم ليست ناشئة عن اتفاقات ذاتية تـــتم بيـــنهم وبين الدولة بل هى مستمدة مباشرة من قواعد قانونية عامة التطبيق أوجدتها القوانين واللوائح المنظمة للمصلحة .

حقا إن المستفيد من المرفق العام يعرب عن إرادته فى الاستفادة من هذا المرفق ولكن عمله هذا لايمكن وصفه بأنه من قبيل التعاقد .

وينـــبنى على ذلك أن تكون مسئولية الدولة عن الأخطاء التى يرتكبها أطباء المستشفى وسائر العاملين فيها قبل المريض ، مسئولية تقصيرية (١).

وبالتالي يجوز للمريض الرجوع على الطبيب أو غيره من العاملين بالمستشفى الذى صدر منه الخطأ ، طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية، كما أن له الرجوع عـــلى المستشفى والطبيب الذى يعمل بالمستشفى أو غيره من العاملين بها معا متضامنين وتكون مسئولية المستشفى على سند من المادة ١٧٤ مدنى التى تقرر مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه .

وإذا كانت المستشفى تابعة لشخص معنوى عام رفعت الدعوى على هـــذا الشـــخص المعنوى، وإلا رفعت على وزير الصحة باعتباره الممثل لوزارته، إذا لم تكن تابعة لوزارة أخرى .

---

(١) حسن الإبراشى ص ٣٩٤ وما بعدها .

وإن كان الأصل — كما أوضحنا سلفا — ألا يسأل الطبيب عن شفاء المـــريض ، فإنه يحصل أحيانا أن يكون الطبيب ملزما بالتزام محدد بسلامة المريض لامن عواقب المرض بل من خطر الحوادث أو العدوى، وهى غالبا الأحوال التى يقترن فيها العقد الطبى بعقد إيواء بمستشفى، ففى هذه الحالة، لا يكتفى المريض بأن يأويه الطبيب فى المستشفى ويقدم له الغذاء المناسب بل يتطلب منه سلامة جسمه بحيث يظل الطبيب مسئولا عن الأضرار التى تلحقه مدة إقامته فى المستشفى ذلك أن المريض وهو راقد فى فراشه يعهد بنفســـه مجـــبرا إلى مدير المستشفى ، وينتظر منه الحماية من الأخطار التى تهدده . فتلتزم المستشفى بتدفئة المريض بعد العملية الجراحية أو أثناء إقامته بالمستشـــفى وتقـــديم الأدوية اللازمة به وإجراء التحاليل اللازمة ، ومنع انتقال العدوى إليه .

وتسأل المستشفى عن إصابه المريض فى حريق شب فى المستشفى، ما لم تثبت المستشفى حدوثه نتيجة قوة قاهرة أو حادث فجائى .

غـــير أن محكمة النقض الفرنسية قضت فى ٤ أغسطس ١٩٤٥ بعدم مســـئولية المستشفى عن مريض ألقى بنفسه من النافذة قبيل إجراء العملية الجراحية، مادام لم يثبت خطأ فى جانبها .

غير أن مدير المستشفى يعتبر مسئولا عن إصابة مريض ألقى بنفسه من النافذة ، بعد إجراء العملية الجراحية ، على أثر أزمة عصبية لخطأ صدر من الممرضة (١).

وهذا النظر لايحتمل الجدل إذاكان المريض فاقدا لقواه العقلية، فالغرض الأساس من دخول المستشفى هو ضمان سلامة المريض من سوء تصرفه.

وقضت محكمة كولمار فى ١٩٣٥/١٢/١٧ بأن مدير المستشفى يسأل عن العدوى التى تلحق المريض أثناء معالجته بالمستشفى . ولكن يجب على القاضى ألا يسرف فى استعمال هذا الحق، ومن ثم يبقى التزام الطبيب فى الأصل التزاما ببذل عناية (٢).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " الطبيب مسئول عن تعويض الضرر المترتب على خطئه فى المعالجة، ومسئوليته هذه تقصيرية بعيدة عن المسئولية التعاقدية ، فقاضى الموضوع يستخلص ثبوتها من جميع عناصر الدعوى من غير مراقبة عليه" .

(ب)- "إن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذى عالج فيه المريض ولو كانت علاقة تبعية أدبية ،كاف لتحميل المستشفى مسئولية خطأ الطبيب " .

(طعن رقم ٢٤ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/٦/٢٢)

---

(١) محمود جمال الدين زكى فى مشكلات المسئولية المدنية ص ٣٩٨ وما بعدها.

(٢) راجع حسن الإبراشى ص ٢٢٨ .

٢- " وحيث إن هذا النعى فى غير محله ، ذلك أن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه بمسئولية الطاعن على ما أورده من " الطبيب الشرعى قرر فى أقوالـــه فى تحقيق النيابة عن بيان سبب الوفاة أنه نتيجة تسمم دموى عفن فى قـــرح الفراش التى حدثت بالإليتين، وإذ كان عندها هبوط فى القلب ونبضها سريع فإن فى ذلك علامة على وشك الوفاة من التسمم الدموى وأنه فى تكرار نقلها ما عجل فى إحداث الوفاة وأن التعجيل فى نقلها هو من جانب المستأنف عليه الأول- الطاعن- عمل خاطئ لا يبرره الادعاء بعدم وجود ما يستدعى التدخل الجراحى وبالتالي عدم وجود المبرر لبقائها فى المستشفى" هذا فضلا عن عدم استجلاء المحكمة الظروف التى أوجدت المريضة فى قسم المسالك البولية الذى يعمل به المستأنف عليه— الطاعن — ولم تكشفالأوراق السبب المبررلتصدى المستأنف عليهالأول لفحص هذه المريضة وعدم إحالتها إلى القسم المختص لفحصها وتقرير ما يجب اتخاذه بشـــأنها أوعلى الأقل إبقائها إلى اليوم التالى وإحالتها إلى القسم المختص لفحصـــها وأن هـــذه الظروف مجتمعة تقنع المحكمة بخطأ التصرف الذى صـــدر مـــن المستأنف عليه الأول الطاعن" وهذا الذى أقام عليه الحكم قضاءه لامخالفة فيه للقانون- ذلك أن مسئولية الطبيب، وإن كانت لاتقوم فى الأصـــل-على أنه ملتزم بتحقيق غاية هى شفاء المريض، إلا أنه يلتزم بـــبذل العناية الصادقة فى سبيل شفائه . ولما كان واجب الطبيب فى بذل

العناية، مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علما ودراية فى الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العملية الثابتة- وبصرف النظر عن المسائل التى اختلف فيها أهل هذه المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها ، وكان انحراف الطبيب عن أداء واجبه وإخلاله بالتزامه المحدد على النحو المتقدم يعد خطأ يستوجب مسئوليته عن الضرر الذى يلحق بالمريض ويفوت عليه فرصة العلاج مادام هذا الخطأ قد تداخل بما يؤدى إلى إرتباطه بالضرر ارتباط السبب بالمسبب- لما كان ذلك وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه آخذ الطاعن- من الواقع الذى حصله- بالخطأ فى استعجال نقل المريضة من المستشفى الجامعى التى يعمل بها لإعادتها إلى مستشفى الحميات وهى على وشك الوفاة ، وبأنه أصدر الأمر بنقلها قبل إحالتها إلى القسم المختص لفحصها واتخاذ ما يجب بشأنها، وبأنه أخرجها من المستشفى فى ذات اليوم الذى قدمت فيه دون إبقائها إلى اليوم التالى لفحصها بالقسم المختص، واعتبر الحكم هذا التصرف من الطاعن خطأ لايبرره إدعاؤه بعدم ضرورة التدخل الجراحى- إذ أن هذا الادعاء – بفرض صحته – لم يكن ليحول دون إحالة المريضة إلى القسم المختص بالمستشفى الجامعى لفحصها وتقرير العلاج اللازم لها وتأخير نقلها من هذا المستشفى إلى الوقت الملائم لحالتها المرضية، لما كان ما تقدم، فإن الحكم فى وصفه أمر النقل بأنه خطأ من الطاعن يكون قد

التزم صحيح القانون . وما يقوله الطاعن من أنه اضطر محافظة على مرضى المستشفى إلى إخراج هذه المريضة منه استنادا إلى لائحة الأطباء المقيمين لعدم وجود قسم للعزل بها ، هذا القول مردود بما أورده الحكم فى صدد تأييد قيام الخطأ فى تصرف الطاعن من أن الجهة الإدارية المختصة قد لفتت نظره إلى عدم العودة لمثل هذا التصرف. وفى ذلك ما يحمل الرد على دفاع الطاعن فى هذا الشأن ، ومن ثم يكون النعى فى هذا الشق غير سديد . والنعى فى شقه الثانى مردود بأنه لما كان الحكم قد أسس قضاءه بمسئولية الطاعن على ما قرره الطبيب الشرعى من أن تكرار نقل المريضة عجل فى إحداث الوفاة وأن الطاعن أخطأ إذا أمر بنقلها فى وقت غير ملائم قبل فحصها وتقرير العلاج لها ، فإن الحكم يكون قد تناول بالبحث توافر عنصر الضرر ورابطة السببية بينه وبين الخطأ، مادامت تقريرات الحكم واضحة الدلالة فى أن خطأ الطاعن فى استعجال النقل حال دون اتخاذ العلاج الملائم فى حينه وجعل المريضة أكثر استهدافا لمضاعفات المرض مما أدى إلى إحداث الوفاة . لما كان ذلك ، وكان الضرر الأدبى الذى حاق بالزوج والأقارب هو ضرر شخصى مباشر، قصر الشارع — بنص المادة ٢/٢٢٢ مدنى — الحق فى التعويض عنه على الزوج والأقارب إلى الدرجة الثانية لما يصيبهم من جراء موت المصاب ، وكان الحكم قد قضى بالتعويض عن هذا القدر للمطعون عليه الأول زوج المتوفاة ولأولادها منه، لما كان

ما تقدم، فإن الحكم لا يكون قد أغفل بيان عناصر المسئولية أو أخطأ فى تطبيق القانون .

وحيث إن الطاعن ينعى بالسببين الثانى والثالث على الحكم المطعون فيه القصور فى الأسباب والخطأ فى الإسناد ، ذلك أنه اكتفى بمجرد القول بأن أمر الطاعن بنقل المريضة عمل خاطئ دون أن يوضح الأسباب التى تضفى على هذا الإجراء وصف الخطأ أو يرد على الأسباب التى ساقها الطاعن تبريرا لذلك النقل وخلا من بيان ركن الضرر ورابطة السببية وأغفل الرد على أوجه دفاع الطاعن وما أورده الحكم الابتدائى فى أسبابه من أن أركان المسئولية التقصيرية غير متوافرة، هذا إلى أن الحكم قد أسند إلى الطاعن أنه اعترف فى مذكرة دفاعه بمجازاته بلفت نظره إلى عدم العودة لمثل ذلك فى حين أنه قرر فى هذه المذكرة أن ما صدر من إدارة الجامعة هو مجرد قرار بلفت نظره إلى عدم العودة لمثل ذلك .

وحيث إن هذا النعى مردود بأن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه بمسئولية الطاعن على الواقع الذى حصله من أنه أخطأ فى استعجال نقل المريضة مما أدى إلى التعجيل فى إحداث وفاتها، وساق الأدلة على قيام عناصر المسئولية من ظروف الدعوى وملابساتها على ما سبق بيانه . ولما كان ما أورده الحكم يكفى لحمل قضائه بترتيب مسئولية الطاعن ، ويتضمن الرد على أقواله فلا على محكمة الاستئناف إن هى لم تتبع أقوال الطاعن أو أسباب

الحكم الابتدائى بشأنه وترد على كل منها استقلالا – لما كان ذلك، فإن النعى على الحكم بالقصور على النحو الذى يثيره الطاعن يكون على غير أساس – وإذ لم يقدم الطاعن صورة المذكرة التى يستند إليها للتدليل على مـــا ينســـبه إلى الحكم من خطأ فى الإسناد، فإن النعى فى هذا الخصوص يكون عار عن الدليل .

وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن " .

(طعن رقم ٣٨١ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢)

(راجـــع أيضا طعن رقم ٤١٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٧/٣ المنشور ببند ٢٤٩) .

٢٥١ـ مسئولية المستشفى الخاص :

عندما يذهب المريض إلى المستشفى الخاص لإجراء عملية جراحية، أو للعـــلاج مـــن مرض معين ، سواء بالعيادة الخارجية أو بالإقامة بالقسم الداخـــلى، فإنه يتم الاتفاق بينه وبين المستشفى على إجراء اللازم مقابل أجـــر يدفعـــه، ومن ثم فإن العلاقة بين المريض والمستشفى الخاص تكون علاقة عقدية تلتزم المستشفى بإجراء الجراحة المتفق عليها أو تقديم العلاج المطلوب للمريض ، وبذل ما يستلزمه هذا الالتزام من عناية ورعاية .

والأطباء الذين يناط بهم إجراء الجراحة أو العلاج هم تابعون للمتشفى تســـتعين بهم فى تنفيذ التزامها التعاقدى قبل المريض ، ومن ثم فإنها تكون

مسـئولة عما يقع من خطأ من هؤلاء الأطباء ، طالما أنها تستعين بهم فى تنفيذ التزامها التعاقدى، وتكون مسئوليتها عن خطئهم على أساس مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه. فضلا عن مسئولية هؤلاء الأطباء عن خطئهم الشخصى [1].

وقد قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأن :

" وحيث إنه يبين من الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أنه عرض للدفع المبدى من الطاعنة بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة ورد عليه بقوله : " وحيث إن الثابت من الأوراق ومن شهادة أطباء شركة مصر للبترول أن الطبيب المتهم- كانت الشركة المذكورة،قد تعاقدت معه بصفته إخصائيا فى أمراض العيون على أن يتولى توقيع الكشف الطبى على العاملين فيها وإجراء ما يراه بشأنهم من علاج- والثابت أن المدعى بالحق المدنى (مورث المطعون ضدهم) قد أحيل إلى الدكتور ... بناء على أمر من طبيب الشركة المقيم- كما أن الدكتور ... قدم أوراقا تفيد وجود العلاقة التعاقدية بينه وشركة مصر للبترول- وقدمت الشركة نفسها من بين أوراق الملف الطبى الخاص بالمدعى بالحق المدنى لديها ما يفيد ذلك - وحيث إنه متى كان ذلك فإن الطبيب ..... يعتبر فى كل حالة تعرضها عليه الشركة تابعا لها حتى فيما يعتبر من صميم فنه

---

(١) حسن الإبراشى ص ٣٨٢ وما بعدها - الدناصورى والشواربى ص ١٤٠٢.

إذ لاضير فى أن تلحق صفة التبعية أشخاصا ينطوى عملهم على نواح فنية لايلم بها المتبوع فتقتصر بذلك رقابته على مجرد التوجيه العام ... وحيث إنه لايغير من هذا الوضع القانونى كون الطبيب المتهم لايعمل بصفة دائمة لدى شركة مصر للبترول لأن علاقة التبعية وإن كانت تقوم فى كثير من الحـــالات على عقد الخدمة ولكنها لاتقتضى حتما وجود ذلك العقد بل هى لاتقتضى أن يكون التابع مأجورا من المتبوع على نحو دائم أو أن يكون مأجورا على الإطلاق ... فعلاقة التبعية تقوم على سلطة فعلية وليس من الضـــرورى أن تكون السلطة شرعية بل يكفى أن تكون فعلية ويجب أن تكـــون هذه السلطة الفعلية منصبة على الرقابة والتوجيه وقد تكون هذه التبعية والتوجيه فى عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع . وليس من الضـــرورى كون المتبوع قادرا على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية بل يكفـــى أن يكون من الناحية الإدارية هو صاحب الرقابة والتوجيه .. فإنه متى كان ذلك وكانت شركة مصر للبترول لها سلطة فعلية على الطبيب المتهم منصبة على رقابته وتوجيهه إذ أنها هى التى تحيل إليه المرضى ومنهم المدعـــى بالحق المدنى وتنقدله أجر علاجه وبمكنتها إنهاء ذلك العلاج فإنها تكـــون متبوعة للطبيب المتهم فى شأن حالة المدعى بالحق المدنى ويكون الدفـــع الذى أبداه وكيلها فى غير محله من القانون متعين الرفض " . وما أورده الحكـــم من ذلك صحيح فى القانون، ذلك بأن الشارع إذ نص فى

المـــادة ١٧٤ من القانون المدنى على أن المتبوع يكون مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته وبسببها إنما أقام المسئولية على خطأ مفترض من جانب المتبوع يرجع إلى ســـوء إختـــياره تابعه وتقصيره فى رقابته، ولايشترط فى ذلك أن يكون المتبوع قادرا على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية بل يكفى أن يكون من الناحـــية الإدارية هو صاحب الرقابة والتوجيه ، كما أن علاقة التبعية لا تقتضـــى أن يكـــون الـــتابع مأجورا من المتبوع على نحو دائم ، وبحسب المضرور أن يكون حين تعامل مع التابع معتقدا صحة الظاهر من أن التابع يعمـــل لحساب متبوعه . ولما كان الحكم قد أقام قضاءه بمسئولية الطاعنة عـــن الضـــرر الذى أصاب مورث المطعون ضدهم بالتضامن مع الطبيب (الطـــاعن الآخـــر) على ما استخلصته المحكمة استخلاصا سائغا لحقيقة العلاقة بينهما بما تتحقق معه تبعيته لها ، فإن الحكم لايكون قد أخطأ فى تطبـــيق القـــانون ولالحقه قصور مما يتعين معه رفض الطعن مع مصادرة الكفالة وإلزام الطاعنة المصروفات المدنية " .

(طعن رقم ١٥٦٦ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٣/٢/١١)

وتكون المستشفى مسئولة عن العناية والرعاية الواجبة للمريض طوال مدة إقامته بالمستشفى .

وقــد قضت محكمة استئناف بوردو فى ١٩٢٩/٣/١٤ بأن المستشفى بقبوله الطفل قد عقد على نفسه ضمنا الالتزام بالحلول محل أمه فى كل ما يتعلق برعايته وسلامته الروحية والجسمانية وأن طبيعة المرض الذى أصيب به الطفل تنم عن الإخلال بهذا الواجب ومن ثم عن حصول خطأ تعاقدى لا يمكن أن تعفى من المسئولية عنه إلا إذا ثبت الحادث الفجائى أو القوة القاهرة أو فعل الغير الذى يسأل عنه .

٢٥٢ـ القتل بسبب الشفقة على المجنى عليه :

قد يكون الشخص مريضا فى بعض الأحوال بمرض لاشفاء منه ويعانى مــن مرضه آلاما مبرحة قاسية لايطيقها ، فيثير شفقة الطبيب عليه فيقتله رحمة به بإعطائه مادة سامة مثلا ، وقد يكون ذلك بناء على طلب المريض نفسه ، ويعبر عن ذلك بالقتل للشفقة .

وهذا القتل – فى التشريع المصرى – لايباح للطبيب – أو غيره– وإذا فعله الطبيب فإنه يكون قد خرج عن حدود الإباحة المقررة له مرتكبا لجناية قتل عمد أو جناية قتل عمد بالسم، أو جناية قتل عمد مع سبق الإصرار . ذلك أن القصد الجنائى فى جناية القتل يتوافر بمجرد اتجاه إرادة الجانى إلى الاعتداء على إنسان حى وإزهاق روحه، مع علمه بذلك . ولا أهمية بعد ذلك للباعث على القتل، حتى لو كان الباعث شريفا ، فالباعث ليس ركنا فى الجريمة ولا عنصرا فى ركنها المعنوى . والتعجيل بالموت مرادف لإحداثه فى توافر علاقة السببية واستيجاب المسئولية[1] .

---

(١) الدكــتور أحمــد فتحى سرور الوسيط فى قانون العقوبات القسم الخاص طبعة ١٩٨٠ ص ٥٣٠ وما بعدها – محمد زكى أبو عامر المحاضرة المشار إليها.

قضت محكمة النقض — الدائرة الجنائية — بأن :

" ... كما أن التعجيل بالموت مرادف لإحداثه فى توافر علاقة السببية واستيجاب المسئولية " .

(طعن رقم ٣٣١ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٠/٤/٢٠)

٢٥٣ـ إثبات مسئولية الطبيب :

سـواء كانت مسئولية الطبيب عقدية أو تقصيرية، فمادامت التزاماته ليست إلا التزامات بوسيلة أو بذل عناية ، فيكون على المريض الذى يدعى خطأ الطبيب أن يقوم هو بإثبات الاحتياط المعين الذى كان على الطبيب أن يتخذه فلم يفعل .

والأصل أن إثبات الخطأ بوجه عام متروك لتقدير المحاكم ويجوز الالتجاء فيه إلى البينة ، غير أنه فيما يتعلق بإثبات الخطأ الطبى لايستساغ التعويل كثيراً على شهادة الشهود لجهلهم بالمسائل الفنية التى يدور البحث حولها، كما أن القضاة كثيراما لا يطمئنون فى ذلك إلى تقديرهم الشخصى ويرون الاستعانة بالخبراء، مع علمهم بأن الخبير وهو فى الغالب زميل للمدعى عليه فى مهنته قد يميل إلى التسامح بعض الشئ فى تقدير مسلك زميله فيحتاطون للأمر ولا يسلمون بتقرير الخبير إلا بعد أن يستوثقوا من بعده عن المجاملة والتسامح.

على أن وقوع عبء الإثبات على عاتق المريض، لاينفى أن للمحاكم فى جميع الأحوال سلطة الأخذ بالقرائن القضائية . فإذا ثبت أن مثل الضرر الذى حاق بالمريض ما كان ليحصل لو اتبعت أصول الفن ، جاز وضع قرينة بمسئولية الطبيب. أما إن ثبت من استقراء الحوادث أن مثل الضرر الذى أصيب به المريض لايمكن تلافيه فى جميع الأحوال فلا يعفى المريض من عبء إثبات الخطأ . فإذا كان مسلما فى الطب مثلا أن اتخاذ احتياطات معينة فى إجراء جراحة يمنع تلوث الجرح كان للمحاكم أن تتخذ من حصول التلوث فعلا قرينة على وقوع الإهمال فى اتخاذ تلك الاحتياطات[1] .

ولكن لا يصح أن يعتبر مجرد نزول الطبيب عن أتعابه فى جراحة فشلت اعترافا منه بخطئه ، ما لم يكن ذلك مقترنا بوقائع أخرى يستدل منها على الاعتراف أو على وقوع الخطأ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لئن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزاما ببذل عناية خاصة ، أن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة ، فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب كما إذا أثبت أن الترقيع الذى أجراه له جراح التجميل فى موضع الجرح

---

(١) سليمان مرقس فى المسئولية المدنية ص ٣٩٠ ص حسن الإبراشى ص ٣٥٧ .

والذى نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادى لعملية التجميل وفقا للأصول الطبية المستقرة ، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه فينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب ويتعين عليه لكى يدرأ المسئولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التى اقتضت إجراء الترقيع والتى من شأنها أن تنفى عنه وصف الإهمال" .

(طعن رقم ١١١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦)

٢٥٤ـ دفع مسئولية الطبيب :

يجوز للطبيب المدعى عليه بالمسئولية أن يدفع وفقا للمادة ١٦٥ مدنى مسئوليته بإثبات السبب الأجنبى وبخاصة خطأ المريض نفسه وتطبيقا لذلك قضت محكمة مصر الابتدائية فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٤ بأنه كما يلتزم الطبيب بأن يبذل أقصى الجهد فى معالجة المريض فإنه يجب كذلك على المريض أن يلتزم من جانبه اتباع ما يشير به الطبيب وما يأمر به . وكما يتطلب المريض من الطبيب ألا يقصر فى حقه يتعين أيضا على المريض أن لايقصر فى حق نفسه .

فإذا طلب الطبيب من المريض أن يعرض نفسه عليه فى أوقات محددة وخالف المريض ذلك وترتب على ذلك أن أحدث الدواء مضاعفات لم تكن لتحدث لو عرض نفسه على الطبيب فى المواعيد التى حددها فلا مسئولية على الطبيب [1].

---

(١) سليمان مرقس فى المسئولية المدنية ص ٣٩١ .

٢٥٥ـ الالتزام بالسلامة :

لئن كان التزام الطبيب بالعمل الطبى ، سواء كان تشخصا أو علاجا بالدواء أو غيره أو استئصالا للعلة بالجراحة ، التزاما ببذل عناية ، وليس التزاما بنتيجة ، إلا أنه خارج هذا النطاق تقع على الطبيب التزامات محددة فى بعض الأعمال ، كعمليات نقل الدم أو التحاليل المختلفة أو فى الأدوية والأجهزة المستخدمة ، إذ يقع فيها على الطبيب التزام بالسلامة، لأن العمل فى هذه الحالة فضلا عن كونه بعيدا عن مهمة الطبيب فى معناها الدقيق ، فإن نتيجة تنفيذ الالتزام لا مجال فيها لفكرة الاحتمال التى تهيمن على نتيجة مهمته التى تتدخل فيها عوامل جديدة ، لاتخضع لسيطرته، فالطبيب يعالج والله يشفى . وهو ما يبرر قصر التزام الطبيب على مجرد العناية [1].

ومن ثم كان واجبا التشديد فى مسئولية الطبيب فى نطاق الأعمال المذكورة حماية لمرضاه .

ونعرض لذلك بشئ من التفصيل فيما يلى .

٢٥٦ـ العلاج بالأشعة :

يلتزم طبيب الأشعة بتحقيق نتيجة هى تقديم صورة أشعة للمريض واضحة ظاهرة تبين خفايا ودقائق الجزء من الجسم الذى طلب الطبيب المعالج أخذ

---

(١) الدكتور محمود جمال الدين زكى مشكلات المسئولية المدنية الجزء الأول سنة ١٩٧٨ ص ٣٧٠ وما بعدها .

الصورة له مبينا به علامات وأمارات المرض الذى يعانيه المريض ومرفقا بها تقرير مكتوب بحالة المريض وتقوم مسئوليته بمجرد ثبوت خطأ فيها إلا إذا أثبت قيام السبب الأجنبى .

أمـــا الأمراض التى لم يتوصل العلم إلى ظهورها فى الأشعة بالأجهزة العلمية المتاحة أو الصورة التى يختلف التفسير فى قراءتها فإن مسئولية الطبيب فى هذه الحالة تكون بذل عناية .

وترتيـــبا على ذلك إذا أخطأ طبيب الأشعة بأن قدم للمريض صورة أشعة غير دقيقة ترتب عليها إصابته بأضرار كان مسئولا عن تعويض هذا الضـــرر كما إذا كان المريض مصابا بمرض السل فى مرحلته الأولى إلا أن صـــورة الأشعة لم تظهره، وترتب على عدم المبادرة بعلاج المريض نتيجة لذلـــك أن استشـــرى الداء فى رئتيه، وكلفه علاجه نفقات كثيرة ووقتا طويلا فى حين أنه لو أظهرت الأشعة هذا المرض فى بدايته لكان علاجه أمرا ســـهلا ونســـبة نجاحه أكبر ، فيسأل الطبيب عن جميع هذه الأضرار من مادية وأدبية [1].

والخطأ فى قراءة الأشعة لايمكن إلا أن يحمل على أمرين كلاهما موجب للمســـئولية الطبـــية فإما نتيجة إهمال من الطبيب فى تحرى وجه الدقة فى قراءة الصورة وإما أنه يفتقد إلى الخبرة الفنية المطلوبة فى الأخصائى [2].

---

(١) الدناصورى والشواربى ص ١٤٠٤ وما بعدها .

(٢) محمد علاء الدين خميس ص ١٦١ .

ولما كان الخطر دائما كامنا فى الأشعة واحتمال حدوثه قائم لأقل هفوة تقع فى أى وقت من الأوقات ، فإنه يجب على طبيب الأشعة قبل إجراء الأشعة التأكد من سلامة الآلات التى يستعملها ، وألا يسلط على المريض من الأشعة إلا القدر الذى يتناسب مع درجة احتماله للتيارات الكهربائية، وهو ما يقتضيه فحص دقيق لحالته ، لايعفيه من المسئولية عنه أنه لم يتجاوز فى تحديد الجرعة ما تقضى به الأصول العلمية [1].

وقد قضت محكمة باريز فى ١٩٣٣/٢/١٧ بأن طبيب الأشعة يسأل إذا كان الطبيب المعالج قد طلب إليه أن يجرى على المريض فحصا واحدا فأجرى عليه ثلاثة فحوص ترتب عليها إصابته بحروق .

ويتحتم على الطبيب أن يراقب تأثير الأشعة على جسم المريض بمنتهى اليقظة حتى إذا ظهرله أى أثر لحرق أو لعلامات غير طبيعية فعليه أن يوقف العلاج — إذا كانت الأشعة علاجية — فورا أويباعدعلى الأقل بين الجلسات ويخفض من الوحدات المسلطة على المريض .

ويسأل الطبيب عن كل إهمال أو عدم احتياط مهما يكن نوعه. **وقد قضت محكمة جرينول فى ٢ يناير سنة ١٩٢٨** بمسئولية طبيب فى قضية

---

(١) حسن الإبراشى ص ٣٣١ .

سـيدة تقدمت إليه تشكو خراجا فى الثدى فعالجها بالأشعة عدة مرات ظهر بعدها أعراض حروق شديدة فى وجهها ناشئة عن الأشعة ولم يثبت أن الطبيب قد أخطأ فى العلاج من حيث وجوبه أو نوع الأشعة أو مقدارها أو صلاحية الجهاز المستعمل . ولكن ثبت أنه غير وضع رأس السيدة عند الرقاد للعلاج كطلبها ، ووضع لها وسادة لإراحتها فتعرض بذلك الوجه لجانب من الأشعة الصادرة من الجهاز . ولاتقتصر مسئولية الطبيب فى ذلك على المريض بل إنها تتناول غير المرضى مما يعرضهم الطبيب بإهماله للضرر من أجهزة الأشعة كالممرضة التى تعمل مع طبيب الأشعة .

غير أن الطبيب لايسأل عن الضرر الناجم عن العلاج بالأشعة إذا كان راجعا إلى حساسية خاصة لدى المريض طالما أنه لا يمكن للطب أن يتنبأ بها .

ونظر لخطورة العلاج بالأشعة فقد ذهبت المحاكم فى فرنسا إلى وجوب استعانة الطبيب بأحد زملائه فى مباشرة العلاج منعا لما قد ينشأ من عدم إحكام الأجهزة من مخاطر [1].

ويجب فى جميع الأحوال متى كانت الأشعة تنطوى على خطر على حياة المريض أن يحاط علما بذلك وأن يؤخذ رضاه قبل الالتجاء إليها .

---

(١) حسن الإبراشى ص٣٣٣ والأحكام المشار إليها بالهامش .

٢٥٧- نقل الدم :

قــد يحتاج المريض فى بعض الظروف إلى نقل دم إليه ، ومن ثم يكون التزام الطبيب بنقل الدم إلى المريض التزاما بنتيجة ، بموجبه يتعهد الطبيب بنقل دم إلى المريض متفقا فى الفصيلة مع دمه سليما خاليا من الأمراض وإلا انتقلت إليه العدوى ممن نقل منه الدم . فيكون مخلا بالتزامه إذا كان الدم الــذى نقلـــه إلى المريض غير مناسب له أو ملوثا بجرثومة، وتقوم مسئوليته العقدية عن الضرر الذى يلحقه أو المرض الذى يصيبه ، إلا إذا أقام الدليل على أن عدم تنفيذه لالتزامه يرجع إلى سبب أجنبى غير منسوب إليه .

وإذا كان الطبيب المعالج هو الذى نقل الدم بنفسه ، فإن عليه التأكد من سلامة معطى الدم حتى لاتنتقل العدوى إلى المريض ولايعفيه من ذلك ادعاءه بأن العادة جرت على عدم القيام بفحص دم المعطى إلا فى فترات متباعدة . لأن العادة لاترفع حرية التقدير فى المحاكم التى تستطيع دائما أن ترفض اعتمادها إذا رأتها غير كافية أو مخالفة لقواعد الحيطة [١].

والغالب الآن أن الطبيب المعالج يعهد إلى طبيب متخصص أو مركز تحاليل (بــنك الدم) ليقوم بمهمة فحص دم المريض للوقوف على فصيلته بمقتضى عقــد مــع هذا الطبيب أو المركز يتعهد فيه الأخير بتقديم نتيجة التحليل صحيحة، وتقديم دم للمريض من ذات فصيلته خاليا من الجراثيم.

---

(١) محمــود جمال الدين زكى مشكلات المسئولية المدنية ص ٣٨٠ ونقض فرنسى ١٩٤٥/٤/٢٥ الذى أشار إليه بالهامش .

وفى هذه الحالة إذا أخطأ طبيب التحليل أو المركز المتخصص فى نتيجته ونجـــم عـــن ذلك ضرر للمريض ، كان أمام المريض للمطالبة بالتعويض طريقان .

الأول : أن يـــرجع بالتعويض على طبيبه المعالج ذلك أن هذا الطبيب هـــو الذى يرتبط به بعلاقة تعاقدية تفرض عليه التزاما بأن ينقل إليه دما يتفق مع فصيلته ، وخاليا من التلوث .

الـــثانى : أن يـــرجع المريض بالتعويض على طبيب التحاليل أو المركز المتخصـــص ، وذلـــك على أساس المسئولية التقصيرية القائمة على الخطأ الواجـــب الإثبات حيث لاتتوافر علاقة تعاقدية بين المريض وبين طبيب التحاليل أو المركز المتخصص .

غير أن محكمة النقض الفرنسية– أخذا برأى فى الفقه– أجازت للمريض فى حكمهـــا الصادر بتاريخ ١٩٥٤/١٢/١٧ الرجوع على طبيب التحاليل أو مركز الدم مباشرة بمقتضى قواعد المسئولية العقدية ،وذلك على اعتبار أن العقـــد المـــبرم بـــين الطبيب المعالج وبين مركز الدم يتضمن اشتراطا لمصـــلحة المـــريض يترتب على ذلك أن المريض يستطيع أن يرفع دعوى المسئولية على طبيب التحاليل أو مركز الدم دون حاجة إلى إثبات خطئه .

فالطبيب أو المركز يلتزم — فى صدد ما يقدمه من دماء — بتحقيق نتيجة — وهى سلامة المريض [١].

(انظر فى التفرقة بين نوعين من التحاليل : البند التالى) .

٢٥٨ـ التحاليل الطبية :

التزام طبيب التحاليل الطبية التزام بنتيجة إذ فى جميع الحالات التى ينحصر نشاطه فى أعمال معملية لاتتضمن حسب الأصول العلمية السليمة أى احتمال ، فإنه يلزم بتحقيق النتيجة أى بتقديم تقرير صحيح مطابق للحقيقة [٢].

ومن ثم يسأل عن خطئه إلا إذا أقام الدليل على أن إخلاله يرجع إلى سبب أجنبى لايد له فيه .

وفى الحقيقة لايوجد ما يبرر اعتبار التزام الطبيب فى التحاليل المختلفة محل بذل عناية لأن هذه التحاليل لاتعتبر عملا طبيا فى معناه الدقيق ولاحتى عملا علميا ، إذ تنحصر مهمة القائم به فى مزج مساحيق أو محاليل كميائية بطريقة ثابتة .

---

(١) محمود جمال الدين زكى فى المسئولية المدنية ص ٣٧٨ وما بعدها — حمدى عبد الرحمن فى بحثه عن معصومية الجسد ص ٧٢ وما بعدها .

(٢) الدناصورى والشواربى ص ١٤٠٤ .

أمـــا التحاليل ذات الطابع العلمى المتعمق والتى يجوز أن تختلف فيها الآراء العملية، فيجوز فى صددها أن تكون النتائج محل شك، فيكون التزام الطبيب بشأنها التزاما ببذل عناية ، فإن أوفى به – والفرض أنه كذلك إلى أن يقوم بها الدليل على العكس – فلا مسئولية عليه فيما يتوصل إليه من نتائج غير حقيقية، تلحق بالمريض ضررا معينا .

وترتيبا على ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٤ ينايـــر سنة ١٩٧٤ بعدم مسئولية الطبيب الذى انتهى فى تحليله على خلاف الحقيقة إلى وجود أورام سرطانية ، مما استدعى علاج المريض بأشعة الكوبالت، والذى لم يكن له ضرورة [١].

٢٥٩ـ مسئولية الطبيب عن الأجهزة :

ذهـــب فريق من الفقهاء إلى إخضاع مسئولية الطبيب عن الإصابات الـــتى تحدثها أجهزته بمرضاه ، لذات القواعد التى تخضع لها مسئوليته عن الأعمال الطبية ، وبالبناء على ذلك يتعين على المريض أن يثبت فى دعوى المطالبة بالتعويض خطأ الطبيب وعلاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر .

ويستبعد هذا الرأى تبعا لذلك تطبيق المادة ١٧٨ مدنى الخاصة بمسئولية حـــارس الأشياء على الطبيب فى استعماله تلك الأجهزة والأدوات ليس فقط من نطاق العقد الطبى حيث يتعين استبعادها نتيجة لإخراج المسئولية

---

(١) محمود جمال الدين زكى فى المسئولية المدنية ص ٣٨١ وما بعدها – حمدى عبد الرحمن فى بحثه " معصومية الجسد " ص ٧٣ وما بعدها .

التقصيرية عن نطاق العقود ، بل وكذلك حين لا تقوم علاقة عقدية بين الطبيب ومريضه، على أن القضاء الفرنسي يؤسس استبعادالمادة ١/١٣٨٤ مدنى المقابلة للمادة ١٧٨ مدنى مصرى على ما ذهب إليه من عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين العقدين والتقصيرية ولهذا يؤاخذ الطبيب بقرينة المسئولية الواردة بها متى كانت دعوى التعويض ضده لاتتأسس على المسئولية العقدية [1].

غير أن القضاء الحديث والفقه أيضا يسلم بأن الطبيب يتعهد- فضلا عن بذل عناية يقظة فى علاج المريض وفقا للأصول العلمية — بالتزام محدد بسلامة المريض عن الأضرار المستقلة عن المرض الذى لجأ إليه من أجله ، وعلى غير صلة به . ومحل التزامه هذا تحقيق نتيجة ، وينطبق على الخصوص على الأضرار التى تلحق المريض من الأدوات أو الأجهزة الطبية التى تنقطع صلتها بالأعمال الطبية التى يظل محل الالتزام بتأديتها بذل عناية وترجع هذه الأضرار — فى العادة — إلى عيوب فى الأجهزة أو الأدوات، المستعملة فى العلاج أو الجراحة ، ولا يستطيع الطبيب أن يتخلص من المسئولية عنها إلا إذا أقام الدليل على رجوعها إلى سبب أجنبى عنه .

---

(١) محمود جمال الدين زكى فى المسئولية المدنية ونقض فرنسى ١٩٤٧/١٢/٢٩ الذى أشار إليه .

وعلى ذلك إذا لحقت المريض إصابة نتيجة استعمال جهاز أو آلة سليمة كان التزام الطبيب بشأنها بذل عناية ، أما إذا لحقته إصابة نتيجة عيب فى الجهاز أو فى الآلة ولو كان يرجع إلى عيب فى صنعها لايستطاع كشفه ، كان الطبيب مخلا بالتزامه بتحقيق نتيجة ، هى استخدام أجهزة أو أدوات سليمة لاتحدث أية أضرار بمرضاه .

وترتيبا على ذلك قضى بمسئولية الطبيب عن وفاة المريض ، فى أثناء الجراحة نتيجة انفجار حدث لتسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بشراره خرجت منه [١]. وعن إصابة المريض بحروق نتيجة لهب خرج من المشرط الكهربائى فى أثناء علاجه رغم عدم ثبوت تقصيره [٢].

على أن محاكم الموضوع ، فى إلقائها الالتزام المحدد بالسلامة على عاتق الطبيب، تجاوزت حدود العيوب التى تعتبر الأدوات أو الأجهزة التى يستعملها فى الجراحة أو فى العلاج، ومدت نطاقه إلى الإصابات التى تحدث فى أثناء استعمال هذه الأجهزة أو تلك الأدوات تنفيذا للعمل الطبى ذاته، رغم تأكيدها فى أسباب حكمها بأن محل الالتزام بأدائه مجرد بذل عناية ويقظة ، متى كانت هذه الإصابات مستقلة عن العلاج، وذات جسامة

---

(١) السين الابتدائية ٣ مارس ١٩٦٥ مشار إليه فى محمود جمال الدين زكى ص ٣٨٧ هامش (٦٢) .

(٢) مرسيليا الابتدائي فى ٣ مارس ١٩٥٩ مشار إليه فى المرجع السابق هامش(٦٣).

استثنائية لم يتوقعها المريض منه ، بحيث يلتزم الطبيب بإعادة المريض، بعد انـــتهاء فترة وجوده " سليما معافى" من كل ضرر غير ذلك الذى يحتمل حدوثه نتيجة تدخله أوفشل العلاج أو تطور العلة ولايبرأ--حال الإصابة- من المسئولية عن إخلاله به ، إلا بإثبات خطأ المريض أو القوة القاهرة أو الحادث الفجائى ، وقضت— وفقا لهذه القواعد —بمسئولية طبيب الأسنان عن خرق لسان المريض وتمزيق أغشية فمه لانقلاب الآلة فى أثناء استعمالها فى علاجـــه [١]. لأن هذه الإصابات ولو كانت ترجع — فى الحقيقة- إلى الأعمـــال الطبية إلا أنها نظرا لجسامتها تخرج عن نطاق حوادث العلاج ويلتزم الطبيب إزاءها بسلامة مريضه . كما قضت بمسئولية الطبيب عن إصـــابة المـــريض بعجز عضوى نتيجة الوضع الذى أرقده عليه فى أثناء العملـــية الجراحـــية ، رغم عدم مخالفته لقواعد الفنى الطبى وندرة الضرر الذى ينجم عنه لأنه يخرج عن الاحتمال الذى يحيط بالجراحة التى أجريت له [٢].

ويؤيد جانب كبير من الفقه، ذلك الاتجاه فى القضاء لاتفاقه مع القواعد العامـــة فى المسئولية العقدية عن الأشياء ، التى يستخدمها المدين فى تنفيذ

---

(١) مصر الابتدائية ١٩٦١/١٢/١٣ مشار إليه بالمرجع السابق ص٣٨٩ هامش (٧٥).

(٢) محمـــود جمـــال الدين زكى ص ٣٨٩ وما بعدها — الدناصورى الشواربى ص ١٣٩٨ وما بعدها .

التزامه ، فالمدين فى الالتزام التعاقدى يسأل عن الأشياء ، التى يستخدمها فى تنفيذه ، سواء كان التزامه محددا أو كان التزاما عاما باليقظة والانتباه. هــذا بالإضــافة إلى الاعتبارات العملية والإنسانية التى تقوم على توفير الحمايةللمريض وتجنبه الدخول فى صعوبات إقامة الدليل على خطأ الطبيب وبصفة خاصة أمام التعقيدات للأجهزة المستعملة [1].

٢٦٠ـ التركيبات الصناعية :

التركيبات الصناعية هى أعضاء صناعية يستعيض بها المريض عما فقده مــن بعــض أعضــاء جسمه ، ومثل ذلك الأطراف الصناعية والأسنان الصناعية.

ومسئولية الطبيب بصدد التركيبات الصناعية على نوعين :

النوع الأول :

مســئوليته عن جدوى وفاعلية العضو الصناعى ، أى بيان ما إذا كان سيؤدى فائدة للمريض أم لا .

والطبيب فى هذا النوع من المسئولية شأنه شأن باقى الأطباء ، فيكون التزامه فى ذلك التزاما ببذل عناية ، ولايسأل الطبيب إلا إذا ثبت خطأ فى جانبه .

---

(١) الدناصــورى والشواربى ص ١٣٩٩ – محمود جمال الدين زكى ص ٣٩١ – حمدى عبد الرحمن ص ٧١ .

النوع الثانى :

مسئوليته عن سلامة العضو الصناعى ودقته والمادة المصنوع منها ومدى تحمله بعد استعماله .

والطبيب فى هذا النوع من المسئولية ملتزما بتحقيق نتيجة، فيكون الطبيب مسئولا إذا ثبت عدم سلامة العضو الصناعى أو رداءة المادة المصنوع منها أو أنه لايتفق مع المقياس الصحيح للجسم.

٢٦١ـ مسئولية طبيب الأسنان:

مسئولية طبيب الأسنان فى الكشف على المريض وتشخيص المرض وتقرير العلاج ، وإجراء الجراحة ، شأنها شأن مسئولية الطبيب والجراح البشرى، فهو ملزم ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة . ويلزم بتعويض الأضرار التى يتسبب فيها بخطئه .

كما يسأل عن الآلات والأجهزة التى يستخدمها فى العلاج إذا ما ترتب عليها أضرار بالمريض، على النحو الذى فصلناه سلفا .

غير أن هناك تفصيلا فى مسئولية طبيب الأسنان عما يقع منه من خطأ فى تركيب الأسنان الصناعية والذى يتم بإتفاق بين طبيب الأسنان والمريض، ذلك أن عمل طبيب الأسنان فى هذا الصدد ينقسم إلى قسمين:

الأول : تقدير ملاءمة تركيب الأسنان الصناعية للمريض وتهيئة الفم لها، والتزامه فى هذا كغيره من الأطباء البشريين التزاما ببذل عناية . فهو لا يسأل عن الضرر الذى يلحق بالمريض إلا إذا أثبت وقوع خطأ من جانبه .

والثانى : اختيار النوع المناسب من الأسنان الصناعية واتفاقه مع الفم فى حجمه ومقاسه، وتأديته الوظائف المرجوة منه، ثم صناعة الأسنان ذاتها ولو عهد بذلك إلى غيره من المرخص لهم بصناعتها . فهو عمل فنى والتزام بتحقيق نتيجة . وتتحقق مسئولية طبيب الأسنان إذا أحضر طقما رديئا أو طقما غير مناسب فى حجمه ومقاسه لفم المريض، أو إذا أحدث تركيب الأسنان أضرارا بالجسم .

ولكن طبيب الأسنان لايضمن متانة الأسنان الصناعية لمدة غير محدودة على الخصوص إذا لم يمكنه العميل من ملاحظاتها فى الفترة التالية لتركيبها واستعمالها [١].

وقد حظرت المادة الأولى من القانون رقم ٥٣٧ لسنة ١٩٥٤(المعدل) فى شأن مهنة طب وجراحة الأسنان على غير أطباء الأسنان المقيدين بسجل أطباء الأسنان بوزارة الصحة أن يقوموا بالاستعاضة الصناعية الخاصة بالأسنان .

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٣٩٥ والهامش — قدرى الشهاوى ص ٤٩٣ .

كمـــا نصت المادة الثامنة من القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٥٧ (المعدل) بتنظيم مزاولة مهنة صانعى الأسنان ومحال صنعها على أنه لايجوز لصانع الأسنان المقيد اسمه بالسجل أخذ مقاس أسنان أو تعديل مقاس ورده من طبيب أسنان مرخص له .

وفى رأينا أن ذلك لايحول دون أخذ صانع الأسنان المقاس فى حضور الطبيب وتحت إشرافه ، شأنه فى ذلك شأن الطبيب البشرى فيما يعهد به إلى الممـــرض أو المدلك أو عامل الكهرباء أو الأشعة بما يجوز أن يعهد به إلى مثلهم [1].

٢٦٢ـ العلاج النفسى :

ينظم مهنة العلاج النفسى القانون رقم ١٩٨ لسنة ١٩٥٦ (المعدل) بتنظيم مهنة العلاج النفسى.

وطـــبقا لهـــذا القانون ، لايجوز لأى شخص أن يزاول مهنة العلاج النفسى إلا إذا كان مرخصا له فى ذلك من وزارة الصحة العمومية .

ويشترط للحصول على هذا الترخيص الشروط الآتية :

أولاً : أن يكون طالب الترخيص من إحدى الفئات الآتية :

(أ) الحاصـــلين عـــلى دبلوم الأمراض العصبية والعقلية من إحدى الجامعات المصرية .

---

(١) فائق الجوهرى ص ١٧٨ .

(ب) الحاصلين على دبلوم من الخارج تعادل الدبلوم المنصوص عليها فى البند السابق فإن كان أجنبيا وجب عليه أداء الامتحان أمام اللجنة المشار إليها فى المادة الثانية من القانون .

(ج) الحاصلين على مؤهل جامعى من الجمهورية المصرية أو من الخارج وعلى شهادة تخصص فى العلاج النفسى من أحد معاهد العلاج النفسى المعترف بها والتى تقرها اللجنة المذكورة .

(د) أن يكون عضوا عاملا أو منتسبا بإحدى جمعيات العلاج النفسى أو هيئاته المعترف بها فى مصر أو فى الخارج والتى تقرها اللجنة المذكورة ويكون قد أجتاز امتحانا أمام هذه اللجنة .

(هـ) الحاصلين على مؤهل عال فى علم النفس من إحدى الجامعات أو المعاهد فى مصر أو فى الخارج وأعدوا أنفسهم للتخصص فى العلاج النفسى لمدة سنتين على الأقل بأحد معاهد العلاج النفسى أو بمؤسساته التى تعترف بها اللجنة المذكورة أو يكون تحت إشرافها وبعد اجتيازه امتحانا أمام اللجنة .

ثانياً : ألا يكون قد حكم بإدانته فى جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو ماسة بالكرامة أو لجنحة مزاولة مهنة الطب أو إحدى المهن المرتبطة بها بدون ترخيص — وفى هذه الحالة لايجوز أن يتقدم بطلب الترخيص قبل مضى خمس سنوات من تاريخ انقضاء العقوبة .

ثالثا : أن يكون حسن السمعة ومحمود السيرة وتقدر اللجنة المذكورة حالة الطلب من هذه الناحية ولها إذا أرادت أن تطلب إيضاحات منه أو من أية جهة أخرى ويكون قرارها فى ذلك نهائيا . (م١ من القانون) .

ويجـــوز استثناء من أحكام الفقرة أولا من المادة الأولى- للأشخاص المشتغلين بالعلاج النفسى وقت صدور القانون ممن تتوافر لديهم هذه المؤهلات ويكونـــون قد أمضوا فى ممارسة هذه المهنة خمس سنوات على الأقل أن يـــتقدموا إلى اللجنة المنصوص عليها فى المادة الثانية خلال سنة من تاريخ صدور هذا القانون لتنظر فى الترخيص لهم فى الاستمرار فى مزاولة العلاج النفسى بعد التثبت من خلوهم من الموانع المنصوص عليها فى الفقرتين ثانيا وثالـــثا من المادة المذكورة ومن صلاحيتهم فنيا لهذا النوع من العلاج (م ١١ من القانون) .

واستثناء من أحكام المادة (١١) الخاصة بامتحان الطالب أمام اللجنة المنصوص عليها فى المادة الثانية من القانون يجوز لوزير الصحة العمومية أن يعفى من هذا الامتحان أساتذة علم النفس بالجامعات أو المعاهد المصرية.

كمـــا يجوزله أن يعفى من هذا الامتحان أساتذة علم النفس السابقين بالجامعات أو بالمعاهد المصرية أو الأجنبية . (م ١٢ من القانون) .

ولا يجـــوز لمن يمنح ترخيص فى مزاولة العلاج النفسى وكان من غير الأطباء أن يتولى علاج أية حالة نفسية مصحوبة بأعراض بدنية أو عقلية أو يشـــتبه فى أنها كذلك إلا بعد عرض المريض على طبيب يقوم بفحصه للتثبـــت من أن الأعراض التى يشكو منها ليست نتيجة علة فى الجسم أو مـــرض فى العقـــل وعلى الطبيب أن يبعث للمعالج النفسى بتقرير بنتيجة فحصه وعلى المعالج أن يحتفظ بالتقرير إذا ظهر أن الحالة نفسية أو تحتاج لعـــلاج نفسى كجزء متمم للعلاج البدنى أو العقلى وتولى علاجها على هـــذا الاعتبار وفى هذه الحـــالة الأخيرة يتعين أن يكون على اتصال دائم بالطبيب وأن يبادله الرأى فيما يختص باستقرار العلاج النفسى أو قطعه أو إرجائه (م٦ من القانون) .

وإذا كانت الحالة نفسية وطرأت على المريض أعراض جديدة غير التى أثبـــتها الفحص من قبل بمعرفة الطبيب فعلى المعالج النفسى أن يشير على المريض بعرض نفسه على الطبيب للتثبت من حقيقة الأعراض وسببها وليس لـــه أن يستمر فى العلاج النفسى إلا بمشورة الطبيب كما لو كانت الحالة مستجدة .

وكذلك إذا تبين للمعالج النفسى أن الحالة المعروضة عليه عقلية أو يشتبه فى أنهـــا عقلـــية يجب عليه أن يتصل بأهل المريض على الفور لعرضه على طبيب أخصائى فى الأمراض العقلية، ولا يجوز له أن يستمر فى علاج المريض نفسيا إلا تحت إشراف الطبيب العقلى وبالتعاون معه (مادة ٧ من القانون).

و إذا كـــان المعالج النفسي غير طبيب فلا يجوز له بحال من الأحوال أن يتصدى لتشخيص العلل والآفات الجسمية أو علاجها أو مباشرة أى علاج عضوى مما لايجوز لغير الطبيب أن يزاوله ومحظور عليه الكشف على جسم المريض أو النصح إليه بأية وصفات طبية أو دوائية (م٨ من القانون).

ويعاقب بالحبس مدة لاتتجاوز سنتين وبغرامة لاتزيد على مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يزاول مهنة العلاج النفسى دون أن يكون اسمه مقيدا فى جدول المعالجين النفسيين بوزارة الصحة العمومية وفى حالة العود يحكم بالعقوبتين معا (م٩ من القانون) .

وإذا أخل المعالج النفسى بواجبه عرض أمره على اللجنة المنصوص عليها بالمـــادة الثانـــية من القانون لمحاكمته تأديبيا ولها بعد تحقيق ما نسب إليه وسمـــاع أقوالـــه أن توقع عليه أحد الجزاءات التأديبية الآتية : الإنذار أو التوبـــيخ أو الوقف مدة أقصاها ثلاث سنوات أو سحب الترخيص نهائيا ولايكـــون انعقاد اللجنة صحيحا فى هذه الحالة الأخيرة إلا بحضور سبعة من أعضائها على الأقل (م ١٠ من القانون) .

وعلاقة المريض النفسى بطبيبه النفسى هى علاقة تعاقدية إذا توجه إليه ليـــتولى علاجه واتفق معه على ذلك، ويكون التزامه كالطبيب البشرى التزاما ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة .

غير أنه إذا باشر الطبيب النفسى بالمريض علاجا عضويا ، كان مرتكبا لجريمة مزاولة مهنة الطب بدون ترخيص ، وإذا أحدث به ثمة جروح كان مرتكبا للجنحة المنصوص عليها بالمادتين ٢٤١ ، ٢٤٢ عقوبـات بحسب الأحوال، وإذ نشأ عن الجرح عاهة مستديمة عقوبة بعقوبة الجناية المنصوص عليها بالمادة ٢٤٠ عقوبات .

٢٦٣ـ مهنة العلاج الطبيعى :

ينظم مزاولة مهنة العلاج الطبيعى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٥ فى شأن تنظيم مزاولة مهنة العلاج الطبيعى .

وتقضى أحكام هذا القانون بما يلى :

١- مـع مراعاة أحكام قانون مزاولة مهنة الطب، لايجوز مزاولة مهنة العلاج الطبيعى إلا بترخيص من وزارة الصحة طبقا للإجراءات والأوضاع المقررة فى القانون (م١ من القانون) .

٢- يشـترط للحصول على ترخيص مزاولة مهنة العلاج الطبيعى ما يأتى :

١- أن يكون طالب الترخيص مصرى الجنسية أو من رعايا الدول التى تعامل المصريين بالمثل .

٢- أن يكون حاصلا على أحد المؤهلات الآتية :

(أ)- بكالريوس العلاج الطبيعى من إحدى الجامعات المصرية.

(ب) بكالريوس العلاج الطبيعى من معهد التربية الرياضية قبل العمل بالقانون .

(ج) دبلوم البعثة الداخلية فى العلاج الطبيعى من معهد التربية الرياضية قبل العمل بالقانون .

(د) شـــهادة أجنبية معادلة لأى من الشهادات السالف ذكرها وفقا للقوانين واللوائح الخاصة بذلك [١].

٣- أن يكون محمود السيرة حسن السمعة .

٤- ألا يكون سبق الحكم عليه بعقوبة جناية أو جنحة فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة متعلقة بمزاولة مهنة الطب أو إحدى المهن المرتبطة دون ترخيص ، وذلك كله ما لم يكن قد رد إليه اعتباره (م ٢ من القانون) .

وينشأ بوزارة الصحة السجلان الآتيان :

١- سجل لممارسى العلاج الطبيعى ، ويقيد فيه الحاصلون على أحد المؤهلات الدراسية المشار إليها فى البنود أرقام (أ) ، (ب) ، (ج)، (د) من البند ٢ من المادة الثانية وكذا الحاصلون على مؤهلات دراسية معادلة لها.

٢- سجل أخصائى العلاج الطبيعى وتقيد فيه الفئات الآتية :

---

(١) وتنص المادة الأولى من القانون رقم ١٩٧ لسنة ١٩٨٣ على أنه لايجوز لخريجى المعـــاهد العلـــيا للتمريض والعلاج الطبيعى مزاولة مهنهم إلا بعد أداء تدريب إجـــبارى لمـــدة سنة فى إحدى المستشفيات أو المؤسسات العلاجية التى يصدر بتحديدها قرار من وزير الدولة للصحة .

(أ) من يزاول مهنة العلاج الطبيعى مدة لاتقل عن خمس سنوات .

(ب) ممارس العلاج الطبيعى الذى حصل على درجة علمية لاتقل عن الماجستير فى مجال التخصص (م ٣ من القانون) .

وللحاصل على دبلوم التخصص فى التدليك والكهرباء أو أى مؤهلات دراسية معادلة الحق فى مزاولة تخصصه تحت إشراف الطبيب المعالج.

ويقيد فى السجل المعد لذلك بوزارة الصحة قبل حصوله على الترخيص بالعمل .

وعلى من يزاول العلاج الطبيعى وضع وتنفيذ برنامج العلاج الطبيعى بناء على التقرير الطبى الكتابى الصادر من الطبيب المعالج، وأن يكون على اتصال دائم به ، ويتبادل الرأى معه فى شأن استمرار العلاج ، ويكون الاتصال فوريا إذا ظهرت على المريض أعراض جديدة غير التى أثبتها فحص الطبيب المعالج من قبل . ولايجوز لمن يزاول العلاج الطبيعى تشخيص الحالات، أو إعطاء وصفات أو شهادات طبية أو دوائية، أو طلب فحوص معملية أو إشعاعية أو غيرها (م ٨ من القانون) .

ولايجوز مزاولة مهنة العلاج الطبيعى فى مراكز خاصة خارج المنشآت الطبية المنصوص عليها فى القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ بتنظيم المنشآت الطبية إلا بترخيص خاص من وزارة الصحة ويمنح هذا الترخيص للمقيدين بالسجل (٢) المنصوص عليه فى المادة الثالثة من القانون (م٩ من القانون).

ويمنح المشتغلون بالعلاج الطبيعى وقت صدور القانون مهلة قدرها سنة تبدأ من تاريخ العمل به لاستيفاء شروط مزاولة المهنة المنصوص عليها فى القانون (م ١٠ من القانون) .

ومع عدم الإخلال بالأحكام الواردة فى القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ فى شأن مزاولة مهنة الطب ، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنتين وبغرامة لا تزيد عن خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف أحكام المواد الأولى والثانية والتاسعة من القانون وتضاعف العقوبة فى حالة العود (م١١ من القانون) .

ويعاقب تأديبيا كل من زاول مهنة العلاج الطبيعى بالمخالفة لأحكام القانون أوالعرف والتقاليد المرعية أوخرج على مقتضياتها ، وتكون العقوبة التأديبية كالآتى :

١ - الإنذار .

٢ - الوقف عن مزاولة المهنة لمدة لاتزيد على سنتين .

٣- شطب الاسم من السجل المعد لذلك بوزارة الصحة (م٢١ من القانون) .

ويشكل مجلس التأديب بوزارة الصحة على النحو الذى أوردته المادة ١٣ من القانون .

ويشطب من السجل المعد بوزارة الصحة كل من فقد شرطا من الشروط الواردة فى المادة الثانية من القانون ، ويصدر بالشطب قرار من لجنة القيد المنصوص عليها فى المادة الخامسة بعد إحالة الأمر إليها من وزير الصحة ويجوز للجنة قبل إصدار قرارها الاستماع إلى أقوال صاحب الشأن، ويكون قرار اللجنة نهائيا ، وتنظم اللائحة التنفيذية الإجراءات المقررة لذلك (م١٤ من القانون)، وقد صدرت اللائحة المشار إليها بقرار وزير الصحة رقم ١٥٠ لسنة ١٩٨٦ باللائحة التنفيذية للقانون رقم (٣) لسنة ١٩٨٥ فى شأن تنظيم مزاولة مهنة العلاج الطبيعى .

ولمن صدر قرار تأديبى بشطب اسمه أن يطلب من اللجنة المنصوص عليها فى المادة الخامسة إعادة قيده بعد مضى ثلاث سنوات من تاريخ صدور القرار وتصدر اللجنة قرارا نهائيا فى هذا الشأن خلال شهر على الأكثر من تاريخ تقديمه (م ١٥ من القانون) .

والعلاقة بين المريض وممارس العلاج الطبيعى أو أخصائى العلاج الطبيعى إذا كانت خارج نطاق المستشفيات هى علاقة عقدية ، والتزامه فى العلاج التزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية .

وإذا زاول الممارس أو الأخصائى تشخيص الحالات أو إعطاء وصفات أو طلب فحوص معملية أو إشعاعية أو غيرها فإنه يعاقب بالعقوبة التى

يرصدها القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ فى شأن مزاولة مهنة الطب لمن يزاول المهنة بدون ترخيص .

وإذا تعـرض لعلـة فى جسم المريض و أحدث تدخله جرحا به ،كان مرتكبا لجريمة الجرح العمد .

٢٦٤- مهنة تجهيز وبيع النظارات الطبية :

ينظم مهنة تجهيز النظـارات الطبية وبيعها القانـون رقم ١٩٣ لسنة ١٩٥٩ فى شأن إعادة تنظيم مزاولة مهنة تجهيز النظارات الطبية وبيعها فى إقليمى الجمهورية (جمهورية مصر العربية الآن) .

وتقضى أحكام هذا القانون بأن :

١-لايجوز لأى شخص أن يزاول مهنة تجهيز النظارات الطبية وبيعها فى جمهورية مصر العربية إلا إذاكان مرخصاله فى ذلك من وزارة الصحة.

ويقصـد بالنظارات فى نصوص هذا القانون — النظارات التى تحمل عدسات صحية للنظر (م١ من القانون) .

ويشترط فيمن يرخص له فى مزاولة هذه المهنة أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

(أ) أن يكون متمتعا بجنسية الجمهورية العربية المتحدة (جمهورية مصر العربـية الآن) أو بلـد تجـيز قوانينه للمتمتعين بجنسية الجمهورية العربية المتحدة مزاولة هذه المهنة فيه .

(ب) أن يكون حاصلا على شهادة من أحد المعاهد المتخصصة المعترف بها فى جمهورية مصر أو على شهادة معادلة من الخارج. وتقوم بتقدير هذه الشهادات وتقدير معادلتها لجنة تشكل بقرار من وزير الصحة المركزى .

(ج) أن يكون قد أمضى بعد حصوله على المؤهل المنصوص عليه فى الفقرة (ب) مدة تمرين لاتقل عن ستة أشهر فى مؤسسة لتجهيز النظارات الطبية تعترف بها وزارة الصحة التنفيذية المختصة .

(د) أن يكون محمود السيرة ، حسن السمعة ولايكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة جناية أو جنحة فى جريمة مخلة بالشرف ما لم يكن قد رد إليه اعتباره .

ويستثنى من شرط الحصول على المؤهل المنصوص عليه فى الفقرة (ب) من هذه المادة كل من سبق الترخيص له بمزاولة هذه المهنة (م ٢ من القانون).

وينشأ بوزارة الصحة سجل تقيد فيه أسماء المرخص لهم فى مزاولة هذه المهنة والمؤهلات الحاصلين عليها ، وتاريخ حصولهم عليها والجهة التى منحتهم الترخيص ومحل مزاولة المهنة ومحل الإقامة .

ويؤدى رسم قيد قدره جنيهان مصريان (أو عشرون ليرة سورية) كما يؤدى هذا الرسم عند طلب إعادة القيد .

وتعطى الوزارة المختصة مستخرجا من هذا القيد تلصق عليه الصورة الفوتغرافية للمرخص له مختومة بخاتمها نظير رسم قدره جنيه مصرى (م٣ من القانون) .

ولايجوز فتح محل النظارات الطبية لبيعها إلا بترخيص من وزارة الصحة التنفيذية المختصة ، ويصدر قرار من وزير الصحة بالشروط الواجب توافرها فى المحل وفى طالب الرخصة (م٦ من القانون) .

ويجب أن يكون للمحل مدير فنى مرخص له فى مزاولة المهنة ويكون هو المسئول عن تجهيز النظارات الطبية وبيعها ويجب على صاحب المحل إبلاغ وزارة الصحة التنفيذية المختصة عن اسم المدير الفنى لمحله (م ٨ من القانون) .

ولايجوز أن يصرف محل بيع النظارات ، نظارة طبية إلا بناء على تذكرة من طبيب رمدى، ولايجوز إدخال أى تعديل على الوصف المبين بها (م ١١ من القانون) .

ولا يجوز توقيع الكشف الطبى على طالب النظارة أو غيره فى المحل كما لا يجوز أن يحتوى المحل على حجرة مظلمة أو على الآلات الخاصة بقياس انكسار الأشعة فى العين (م١٢ من القانون) .

ويجب أن يبين على العدسات والنظارات التى بالمحل نوعها واسمها التجارى والمصانع المستوردة منها (م١٣ من القانون) .

وتفصل اللجنة المشكلة وفقا لأحكام المادة الثامنة عشرة من القانون فى كل خلاف قد يحدث بين الطبيب الذى وصف النظارة وبين المدير الفنى للمحل الذى قام بتجهيزها ويكون قرارها فى هذا الشأن نهائيا (م١٧ من القانون) .

وتخضع محلات تجهيز النظارات وبيعها للتفتيش الذى تقوم به السلطات المختصة للتثبت من تنفيذ أحكام هذا القانون والاشتراطات التى يصدر بها بقرار من الوزير (التنفيذى) المختص (م ٢١) .

وكل من زاول مهنة تجهيز النظارات الطبية أو بيعها أو فتح محلا بدون ترخيص يعاقب بالحبس مدة لاتجاوز ثلاثة أشهر وبغرامة لاتزيد على عشرين جنيها مصريا أو بإحدى هاتين العقوبتين وفى جميع الأحوال يحكم القاضى بإغلاق المحل ونزع لوحاته ومصادرة الأشياء المتعلقة بالمهنة (م٢٣ من القانون) .

وكل مخالفة أخرى لأى حكم من أحكام القانون يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لاتجاوز شهرا وبغرامة لاتزيد على عشرين جنيها أو بإحدى هاتين العقوبتين ويجب الحكم بمصادرة الأشياء محل المخالفة (م ٢٤ من القانون).

ويتضح مما سلف أن مزاول مهنة تجهيز وبيع النظارات الطبية يرتبط مع عميله بموجب عقد مقاولة ، إلا أن التزامه هنا هو التزام بتحقيق نتيجة، إذ يلتزم بموجبه أن يسلم العميل نظارة طبية طبقا للمواصفات التى قررها طبيب الرمد وما اتفق عليه بين الطرفين من مواصفات أخرى ومن ثم يسأل عن أى خطأ أو تقصير فى تجهيز النظارة إذا ترتب عليه ضرر للعميل.

وإذا صرف مزاول المهنة نظارة طبية بدون تذكرة طبية من طبيب رمدى، أو أدخل أى تعديل على الوصف المبين بالتذكرة ، أو أوقع الكشف الطبى على طالب النظارة أو غيره كان مزاولا لمهنة الطب بدون ترخيص ويخضع للعقوبـــة المنصوص عليها فى القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ (المعدل) فى شأن مزاولة مهنة الطب ، وقد نصت المادة الأولى من هذا القانون صراحة عـــلى أن " وصـــف نظارات طبية " يعد من الأعمال الطبية التى لايجوز مزاولتها بدون ترخيص .

موضوع رقم (١١)

(جريمة إفشاء الطبيب سر المهنة)

٢٦٥- النص القانونى :

المـــادة ٣١٠مـــن قانون العقوبات (معدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢) .

" كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعا إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصى ائتمن عليه فأفشاه فى غـــير الأحـــوال التى يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على ستة شهور ، أو بغرامة لاتتجاوز خمسمائة جنيه .

ولاتسرى أحكام هذه المادة إلا فى الأحوال التى لم يرخص فيها قانون بإفشـــاء أمور معينة كالمقرر فى المواد ٢٠٢ و ٢٠٣ و ٢٠٤و٢٠٥ من قانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية "[١].

٢٦٦- تمهيد :

وردت المادة السابقة فى قانون العقوبات الباب التاسع الخاص بـــ "القذف والســـب وإفشـــاء الأسرار " من الكتاب الثالث الخاص بـــ " الجنايات والجنح التى تحصل لآحاد الناس " .

وإفشـــاء الســـر يعـــد من جرائم الأشخاص التى تصيبهم فى شرفهم واعتبارهم حسب الأصل .

---

(١) هـــذه المواد تقابل الآن المادتين ٦٥ ، ٦٦ من قانون الإثبات الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .

وكتمان أسرار الغير ابتداء واجب خلقى تقتضيه مبادئ الشرف والأمانة. هـذا فضـلا عن أن من مصلحة المجتمع أن يجد المريض طبيبا يركن إليه فيطمئن إلى سره لديه وأن يجد المتهم محاميا يطمئن إلى سكوته فيصارحه بحقيقة أمره وهو ما يؤكد الثقة الواجبة فى ممارسة المهن التى تقدم خدمات لأفراد المجتمع .

وواضح من النص المذكور أنه غير قاصر على الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل ، إنما يسرى على كل من يؤتمن على السر بحكم مهنته أو صناعته وذلك بتفصيل ليس هنا محل دراسته .

ولكـن نشير إلى ما قضت به محكمة النقض بتاريخ ١٩٥٣/٧/٢ طعن رقم ٨٨٤ لسنة ٢٢ (جنائى) بأن :

" ... لما كان ذلك وكان الشارع عندما وضع المادة ٣١٠ من قانون العقوبات لم يعمم حكمها ، بل إنه خص بالنص طائفة الأطباء والجراحين والصيادلة والقوابل وغيرهم وعين الأحـوال التى حرم عليهم فيها إفشاء الأسرار التى يضطر صـاحبها أن يأتمنهم عليها باعتبار أن طبيعة عملهم تقتضـى هـذا الاطلاع ، وهم فى سبيل قيامهم بخدماتهم للجمهور فإنه لايصح التوسع فى هذا الاستثناء بتعميم حكمها إلى من عدا المذكورين فى النص كالخدم والكتبة والمستخدمين الخصوصيين ونحوهم فهؤلاء لايضطر مخدوموهم إلى اطلاعهم على ما يرتكبونه من أعمال مخالفة للقانون " .

٢٦٧ـ أركان الجريمة :

تتكون جريمة إفشاء سر المهنة الطبية من أربعة أركان هى :

١- ركن مادى يتمثل فى فعل الإفشاء .

٢- أن يكون الأمر الذى حصل إفشاؤه سرا .

٣- أن يقع إفشاء السر من طبيب أو من فى حكمه بحكم عمله .

٤- القصد الجنائى .

ونعرض لهذه الأركان بالتفصيل على النحو الآتى .

(الركن الأول)

(ركن مادى يتمثل فى الإفشاء)

٢٦٨ـ المقصود بالإفشاء :

إفشاء السر هو كشفه واطلاع الغير عليه ، بأى طريقة كانت سواء كان ذلك بالكتابة أو المشافهة أو الإشارة .

ولا أهمية للعلانية فى إفشاء السر رغم أن المادة ٣١٠ عقوبات وردت فى باب القذف والسب ، فليست العلانية بشرط فى هذه الجريمة.

فالإفشاء يتم بمجرد اطلاع شخص أو عدة أشخاص عليه بل إنه يقع قانونا ولو حصل لفرد واحد وطلب منه كتمانه أو الاحتفاظ به .

ولاعبرة بصلة الطبيب بهذا الفرد الواحد ، فيكفى لتوافر ركن الإفشاء أن يذكـــر الطبيـــب السر لزوجته أو لأحد من أفراد عائلته ، ولو طلب الطبيب منهما كتمان هذا السر [١].

وقد نظرت أمام القضاء الإنجليزى فى نهايـــة القرن التاسع عشر قضية ضد طبيب شهير بانجلترا ، كان قد استدعى بسبب مهنته لفحص زوجة أخيه ، وبعد فحصها وجدها فى حالة إجهاض وعالجها بالأساليب الطبية المتبعة ، وعند فحص متحصلات الرحم ظن أن بها جنينا ، وكان زوجها متغيبا من مدة طويلة فاعتقد الطبيب عندئذ أنها سيئة السيرة ، فأخبر زوجته بذلـــك ، وانتقل الخبر إلى أقرباء آخرين اجتهدوا فى إيقاف نفقاتها المقررة قانونا . فرفعت الزوجة دعوى على الطبيب تطالبه بتعويض كبير.

ودفع الطبيب الدعوى بأن المسألة خاصة بشرف العائلة ، فإفشاؤها لذلك لأحد أفرادها مسموح به . ولكن القضاء لم يعر هذا الدفاع التفاتا، وحكم عليه بالتعويض [٢].

ولا يباح الإفشاء ولـــو من طبيب إلى طبيب ، والحكمة فى ذلك أن المريض لم يأتمن أى طبيب على سره، وإنما ائتمن طبيبا معينا .

---

(١) فـــائق الجوهـــرى ص ٤٧٦ — الدكـــتور رءوف عبيدجرائم الاعتداء على الأشـــخاص والأموال طبعة سادسة ١٩٧٤ ص ٢٩٢ — حسن زكى الإبراشى ص ٤٢٣ .

(٢) قضية مدام playfair مشار إليها فى فائق الجوهرى ص ٤٧٦ .

ولكـــن لا يعد إفشاء لسر، إذا اجتمع أكثر من طبيب لفحص المريض وإبـــداء المشورة والرأى فيما يحتاجه من علاج فيتداولون سره ويناقشون أمـــره ، ذلك أن ما يبديه الطبيب لزميله أو رفاقه فى مجلس المشورة أو ما يخـــوض فيه كلهم أو بعضهم من أسرار مريضهم فى هذا المقام لايعد سرا محظورا عليه ، فالطبيب لم ينفرد بالاطلاع على السر والإفضاء به إلى سواه، وإنمـــا وقف عليه هو وزملاؤه جميعا، فأصبح الأمر دولة بينهم وأمانة فى عنقهم كافة فمثل هذا الأمر الجماعى الذى ائتمنهم عليه سويا ذلك المريض لايحـــول دون تـــناولهم لـــه مادام الأمر لايخرج عن نطاقهم، وإنما لايجوز لأحدهم أن يفضى به إلى فرد آخر سواهم ، ولو كان طبيبا بدوره. كما يمكن أيضا تبرير علة الإباحة فى هذا الخصوص برضاء المريض نفسه صاحب السر بتداول أطبائه إياه وإذاعتهم له فيما بين بعضهم البعض[(١)] .

٢٦٩ـ وسائل الإفشاء :

يستوى فى وقوع فعل الإفشاء وتحقق الجريمة إذا توافرت باقى أركانها، أن يكون الإفشاء شفويا أو كتابيا عن طريق إعطاء الغير شهادة أو تقرير يتضـــمن السر، أو الإدلاء بشهادة أمام جهة إدارية أو قضائية ، ما لم يجز القانون للطبيب ذلك .

---

(١) إفشاء سر المهنة الطبية بحث للمستشار محمد مامر النائب العام الأسبق منشور بمجلة القضاة العدد التاسع سبتمبر ١٩٧٥ ص ٩٧ وما بعدها .

لكـــن لا يعتبر إفشاء إعطاء صاحب السر تقريرا متضمنا ذلك السر كإعطـــاء الطبيـــب مريضه تقريرا عن مرضه ولايعتبر إفشاء إعطاء ذلك التقرير لشخص كلفه صاحب السر بأن يحصل عليه نيابة عنه . وإذا ثبتت هذه النيابة فلا مسئولية على الطبيب إذا أفشى النائب السر الذى يتضمنه. ولايتحقق الإفشاء إذا دون الملتزم بالكتمان السر لنفسه لكى يتناوله فيما بعد بالدراسة [١].

ومن صور الإفشاء كتابة نشر أسماء المرضى فى كتب الطب أو المقالات الطبـــية أو نشر صورهم الفوتغرافية . فعلى الطبيب أن يحرص على عدم إذاعة كل ما يمكن به التعرف على شخصية صاحب السر [٢].

ولـــيس فى ذلك ما يتعارض مع تقدم العلوم الطبية ، فإذا كان تقدم هـــذه العلوم مرهونا ببحث الحالات الجديدة أو الشاذة التى تعرض على الأطباء فليس يعنيها بوجه عام معرفة أشخاص المرضى أو أسمائهم .

ولذلك يرى البعض أنه فى الأحوال التى يتحتم البحث فيها عن الأسباب الوراثـــية للمرض أو الظروف المعيشية التى أدت إليه والتى لاغنى فيها عن

---

(١) الدكـــتور محمـــود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات القسم الخاص- جرائم الاعتداء على الأشخاص طبعة ١٩٨١ ص ٦٤٨ وما بعدها .

(٢) الدكتور محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم الخاص ص ٣٤٠ هامش (٢) — المستشار محمد ماهر البحث المشار إليه ص ٩٦ .

تصوير المريض وموطن الداء من جسمه، فإن الرغبة فى خدمة العمل يجب أن تسمو على الاعتبارات التى من أجلها تقرر الاحتفاظ بسر المهنة[١].

ومـــن ذلك أيضا ما يجرى فى المستشفيات حيث يذكر فى بطاقة على فــراش المـــريض نـــوع مرضه وحالته ، مما يمكن معه لجميع مستخدمى المستشفى وزواره الاطلاع عليه . ولاشك أن ذلك يعد إفشاء معاقبا عليه إذا أمكن إسناده إلى الطبيب أو إلى أحد مساعديه .

واقترح تخفيفا لمضار هذا الإجراء الأخذ بالنظام الفرنسى، حيث يعطى لـــلمريض رقـــم يحل محل اسمه . ولا تعرف الأسماء إلا لمستخدم واحد فى المستشفى أو أكثر حسب اتساع المستشفى ، فيكون هذا مسئولا جنائيا عن إفشاء الأسرار [٢].

٢٧٠- تحقق إفشاء السر ولو انصب على واقعة معروفة :

جرى القضاء الفرنسى على أنه يعد جريمة معاقبا عليها إفشاء السر ولو انصب على واقعة معروفة مادامت غير مؤكدة ، إذ أن محيط العامة لايعتمد

---

(١) حسن زكى الإبراشي ص ٤٢٥ .

(٢) فائق الجوهرى ص ٤٧٥ .

علـــيه كثيرا ومن الناس من لايصدق ما يدور فيه ، فإذا تقدم من ائتمن على السر وأفشاه فإنه يؤكد الرواية ويحمل المترددين على تصديقها[١].

ومتى أصبحت الواقعة مؤكدة زالت عنها صفة السر فترديدها لاعقاب عليه بمقتضى المادة ٣١٠ ، ولكن قد يعاقب عليها بمقتضى قانون آخر .

ومـــن صور إفشاء السر شفاهة الشهادة به أمام السلطات القضائية أو الإدارية ، أو التبليغ عنه ، حتى ولو كان السر عن جريمة وقعت ولاتزال محل بحث السلطات وقد غلب القانون هنا واجب كتمان السر على واجب الشهادة أو التبليغ لمعاونة السلطات العامة على كشف الحقيقة . وذلك إلا فى الأحوال الخاصة التى نص عليها القانون والتى سنتناولها فى موضعها .

ولذلك نجد أن المادة ٩٩ من قانون الإجراءات الجنائية مثلا، وهى التى تبيح لقاضى التحقيق أن يأمـــر الحائز لشئ يرى ضبطه أو الاطلاع عليه بتقديمه وإلا عد فى حكم الممتنع عن الشهادة ، استثنت صراحة من يخوله القانون الامتناع عن أداء الشهادة .

---

(٣) نقـــض فرنسى ٢٧ يونية سنة ١٩٣١ سيرى ١٩٣٢ —١— ٣٧، ٢٩ ديسمبر ١٨٨٥ —سيرى ٨٦—١— ٨٦، ١٢ أبريل سنة ١٩٥١ دالوز ١٥١ ص٣٦٣— حسن زكى الإبراشى ص ٤٢٤ — المستشار محمد ماهر ص ٩٨ .

كما نجد المادة ٢٨٧ تنص على أن تسرى أمام المحاكم الجنائية القواعد المقـــررة فى قـــانون المرافعات (قانون الإثبات الآن) لمنع الشاهد من أداء الشهادة أو لإعفائه من أدائها [1].

٢٧١ـ صور الإفشاء :

قد يكون الإفشاء صريحا — وهى الصورة المعتادةله— ويفترض الإفشاء الصريح قدرا أدنى من التحديد والوضوح فيما يفضى به الطبيب. ومن ثم فإن قولا يتسمبالغموض الشديد أو مجرد إجابةمبهمة علىسؤال يستهدف فى الحقيقة التهرب من الإجابة عليه لايقوم بها الإفشاء[2] .

كمـــا يصح أن يكون الإفشاء ضمنيا ، ومثل ذلك أن يسمح الطبيب لشخص بأن يطلع على الأوراق التى دون فيها أسرار مرضاه .

ويستوى أن يكون الإفشاء تلقائيا أو غير تلقائى . ومثال الإفشاء غير التلقائى أن يكلف الطبيب بأداء الشهادة لدى القضاء ، فلا يدفع بالإعفاء من الشهادة الذى يقرره له القانون ويفشى السر .

وقـــد يتخذ الإفشاء صورة الامتناع . ومثال ذلك أن يشاهد الطبيب شخصا يحاول الاطلاع على الأوراق التى دون فيها حالة المريض فلا يحول بينه وبين ذلك على الرغم من استطاعته .

---

(١) رءوف عبيد ص ٢٩٢ وهامش (٢) .

(٢) محمود نجيب حسنى ص ٦٥١ .

وواضح أن هذا الامتناع مخالف لواجب قانونى . ومن ثم تتوافر له عناصر الامتنـــاع فى مدلولـــه القانونى . ولكن مجرد الصمت من جانب الملتزم بالكـــتمان إزاء سؤال وجه إليه لايعتبر إفشاء . وإن أمكن أن يستخلص مـــنه– على سبيل التخمين– نتيجة معينة . إذ أن هذا الصمت لايناقض واجبا قانونيا (١).

ويجوز أن يكون الإفشاء غير مباشر ،كأن يقبل الطبيب مهمتين تفترض إحداهمـــا الإفضاء بالمعلومات التى حصل عليها من الأخرى وكان ملتزما بكتمانها .

وتطبـــيقا لذلك فإن الطبيب الذى عالج مريضا لايجوز له أن يقبل أداء عمـــل من أعمال الخبرة فى شأنه، إذ أن الخبرة تلزمه بأن يفضى بمعلومات حصل عليها بعلاجه هذا المريض كطبيب خاص (٢).

ويذهب البعض إلى أن العرف قد يسيغ الإفشاء لاعتبارات ذات صبغة قومية أو دولية كما فى الحالات التى تصدر فيها نشرات طبية بمناسبة إصابة أو مرض أو وفاة رؤساء الدول والشخصيات البارزة فى المجتمع الدولى . أو تلك التى تنشرها الهيئات والجمعيات الدولية المتخصصة، وهى بمعرض أداء

---

(١) محمود نجيب حسنى ص ٦٤٩ وما بعدها .

(٢) محمود نجيب حسنى ص ٦٥٠ .

واجبها تلبية لنداء الضمير الإنساني. فإنه لاوجه للعقاب على إفشاء السر الطبي في هذه الحالات ومثيلاتها [1].

٢٧٢ـ تحقق الإفشاء ولو كان جزئيا :

لا يتحقق الإفشاء بإفشاء السر جميعه فقط، بل يكفي الإفشاء الجزئي ، أى بإفشاء جزء من السر دون إفشاء باقيه[2] . ولو كان الجزء الذى أفشى يسيرا .

ومثال ذلك أن يفضي الطبيب إلى الغير بواحد من أمراض عديدة يعاني منها المريض وإن لم يخطره في ذات الوقت بسبب إصابته به أو مقدار خطورته .

ويتحقق الإفشاء إذا كان الغير يعلم من قبل بكل ما أفضى به إليه الطبيب ، ولكن كان علمه به على سبيل الشك ،فلما أكده له تحول علمه إلى علم يقيني ،ذلك أن إضافة اعتبار يزيد في تقدير الغير من صحة السر يعد اطلاعا له على أمر كان مجهولا لديه[3] .

وقد قضى بأن مجرد ذكر دخول مريضة إلى مستشفى للولادة يعتبر إفشاء لسر المهنة ، ولذلك فإنه يحق لمدير المستشفى أن يمتنع عن الإدلاء بشهادته في هذا الصدد[4] .

---

(١) المستشار محمد ماهر ص ٩٩ .

(٢) محمود محمود مصطفى ص ٣٤٠ – حسن زكي الإبراشي ص ٤٢٣- المستشار محمد ماهر ص ٩٦ .

(٣) محمود نجيب حسني ص ٦٥٠ وما بعدها .

(٤) نقض فرنسي ١٤ مارس ١٨٩٥ سيرى ١٨٩٥– ٣٧٥- دالوز ١٨٩٩ –٥– ٦١٤) .

بخلاف ما اذا كان المستشفى معدا لعلاج جميع الأمراض(١).

٢٧٣ـ متى ينتهى الالتزام بعدم الافشاء ؟

الالـــتزام بكتمان السر الطبى مفروض على الطبيب طوال حياته ،فلا يجـــوزله أن يذكر شيئا عن مرض أحد مرضاه بعد وفاته . وللنيابة العامة رفع الدعوى الجنائية على الطبيب الذى يفشى سر المريض . ويجوز لورثة هذا المتوفى أن يقيموا الدعوى بطلب التعويض ضد الطبيب إذا حاق بهم ضـــرر مـــن هذا الإفشاء كأن يثبت مثلا أن الإفشاء قد أصاب اعتباره الشخصى هو نفسه بضرر، أو أنه أثار حوله شكوكا، أو أنه منعه من أن يجـــد عملا كان يستطيع أن يجده لولاه ، أو أنه قد أقام عقبة ما فى طريق مؤسســـةله. فضلا عن ذلك فإن الضرر الأدبى يكفى وحده لإعطاء الحق للوارث فى رفع الدعوى (٢).

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أحقية الوارث فى رفع هذه الدعوى حتى ولو لم يمسسه ثمة ضرر استنادا إلى حقه فى حماية ذكرى مورثه (٣).

وقـــد **ذهبت محكمة** بيزانسون بتاريخ **١٨٩٩/٦/٧** إلى أن الطبيب الذى يقوم بعلاج مريض فى مرض الموت لا يستطيع أن يذيع سبب موته دون أن يخالف بذلك حكم المادة ٣٧٨ عقوبات فرنسى التى فرضت سر المهنة بطريقة مطلقة وجعلت منه أمرا متعلقا بالنظام العام (٤).

---

(١) نقض فرنسى فى ١٦ مارس ١٨٩٣ (دالوز ١٨٩٤ — ١- ١٣٧) .

(٢) فائق الجوهرى ص ٤٧٧ وما بعدها .

(٣) المستشار محمد ماهر ص ٩٨ .

(٤) دالوز (١٩٠٠ — ١- ٤٠٧) .

(الركن الثانى)

(أن يكون الأمر الذى حصل إفشاؤه سرا)

٢٧٤ـ مضمون هذا الشرط :

يجب لتوافر جريمة إفشاء السر أن يكون ما أفشاه الطبيب سرا .

ولم يعـرف القـانون سر المهنة أو يبين ماهيته ، وطبيعى فإن تحديده مسألة تختلف باختلاف الظروف فما يعتبر سرا بالنسبة لشخص قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لآخر، وما يعد فى ظروف معينة سرا قد لايعد كذلك فى سواها .

وقـد اختلف الفقهاء فى تعريفه، فذهب البعض بأنه كل ما يعهد به المريض للطبيب على أنه سر [١].

ولكن جمهور الفقهاء على أنه لا ضرورة لأن يكون السر قد عهد به إلى الطبيب . وأن السر يجب أن يشمل كل أمر يعد سرا بطبيعته . فالطبيب يلـزم بالمحافظة على السر ولو لم يطلب صاحبه ذلك ، بل ولو لم يدل به إليه إدلاء ، على خلاف ما يمكن أن يفهم من لفظ الإيداع الوارد بالنص. ولذلك يعد سرا كل أمر وصل إلى علم الطبيب عن طريق الخبرة الفنية ، أو عن طريق الظن أو حتى المباغته ، ولو لم يذكرله المريض شيئا عنه [٢].

---

(١) اسمان فى سيرى ١٩٠١ –١– ١٦٢ عمود ٣ .

(٢) جـارو جزء ٥ ق ٢٠٦٦ وجارسون م ٣٧٨ ن ١٩–٢٠ – فائق الجوهرى ص ٤٧١ – حسن زكى الإبراشى ص ٤١٨ .

وقيل فى ذلك إنه لا يمكن القول بأن المرأة التى تكون قد صرحت للطبيب بأن يفحص أعضائها التناسلية ، لاتكون قد عهدت إليه بشئ، لأنها بتسليمها نفسها لمثل هذا الفحص بواسطة رجل فنى ، تكون قد عهدت إليه بكل ما يمكن أن يحصل عليه من المعلومات نتيجة الأبحاث التى يقوم بها [1].

ومن حق المريض أن يعتمد دائما على سكوت الطبيب وكتمانه ، فى غير حاجة إلى أن يقول له بين كل حين وآخر أنه يعهد إليه بما لديه على أنه سر .

وقد استقرت على ذلك أحكام القضاء الفرنسى [2] ، فهى تعطى السر معنى أكثر اتساعا وتدخل فيه المسائل التى تعد سرا بطبيعتها ولو لم يعهد بها المريض إلى الطبيب .

---

(١) موسوعة دالوز تحت إفشاء السر ن ١٨ .

(٢) نقض فى ١٩ ديسمبر سنة ١٨٨٥ (دالوز ١٨٨٦-١- ٣٤٧ وسيرى ١٨٨٦ -١-٨٦)- نقض مدنى فى ١٣ يوليو سنة ١٨٩٧ (دالوز ١٩٠٩ -١- ٤٣) ونقض فى أول مايو سنة ١٨٩٩ (دالوز ١٨٩٩-١- ٥٨٥) ونقض جنائى فى ١٠ مايو سنة ١٩٠٠ و ١٥ فبراير سنة ١٩٠١ (دالوز ١٩٠٣-١- ٥٥٣) ونقض فى ١٨ يولية سنة ١٩٠٥ — نقض فى ٢٩ مارس سنة ١٩٢٧ (سيرى ١٩٢٨ —١—٥) – وكانت محكمة النقض الفرنسية الدائرة الجنائية قد ذهبت فى حكم لها صادر فى ٢٦ يولية سنة ١٨٤٥ إلى القول مع حرفية النص بأنه يجب على الطبيب ألا يمتنع بحجة السرية عن الشهادة بغير ما يعهد به إليه المريض على هذا النحو. لأن هذا هو وحده الذى يضر إفشاؤه بالعائلات ، أما ما عداه فإن كتمانه يضر بالعدالة .

وقـــد ذهب البعض إلى أن السرهوما يضر إفشاؤه بسمعة المريض أو كرامته[١].

غير أن الرأى الغالب يذهب إلى أن السرقد يكون مشرفا لمن ير كتمانه، ومع ذلك يحميه النص [٢].

وقدذهبت قلة من الفقهاء إلى أن العرف يقضى باعتبار بعض الأمراض كالـــبرص والجـــذام والزهرى من الأمراض التى لايجوز إفشاء سرها لأنها بطبيعتها أمراض تدعو إلى النفورمن المصاب بها مما يمس طمأنينة صاحبها. ولا يغير من ذلك أن يكون لهذه الأمراض أعراضها الظاهرة . فإن معرفة هذه الأعراض قد تفوت على الناس وإن لم تفتهم فقد لايعرفون مأتاها[٣].

وقـــد أخذت بهذا الرأى محكمة النقض المصرية فى حكم لها صادر بـــتاريخ ٢ فبراير سنة ١٩٤٢ قضت فيه بأن القانون لم يبين معنى السر وترك الأمرلتقدير القضاة . فوجب أن يرجع فى ذلك إلى العرف وظروف كل حادثة على انفرادها . وبالنسبة لظروف الحادثة موضوع الدعوى فقد جرى العرف على أن مرض الزهرى والسل هما المرضان اللذان يجب على

---

(١) دالوز تحت عنوان إفشاء الأسرار فقرة ١٦ .

(٢) جارســـون التعلـــيق على المادة ٣٧٨ فرنسى فقرة ١٧ جارو فقرة ٢٠٦٦- محمود نجيب حسنى ص ٦٤١ هامش (٢) .

(٣) بحث للأستاذ عبد العزيز الببلاوى نشر فى مجلتى كلية الحقوق والشرائع فى سنة ١٩٣٢ .

الطبيب أن لايفشى سرهما. أما مرض البواسير فهو لايعتبر سرا خصوصا إذا كان المريض من الرجال [1].

ولايوافق معظم الفقهاء على ذلك التقسيم لأنه يؤدى إلى ترك ناصية التحديد لمشيئة الطبيب وتقديره مع أنه لايستطيع أن يتنبأ مقدما بما سوف يترتب على الإفشاء من آثار بالنسبة للمريض [2]. وأنه ينبغى ألا يفضى الطبيب بالمرض مهما كان يسيرا ولايصح أن يبوح به ولو كان العرف قد جرى على الترخص فى شأنه والتهوين من أمره ، كما فى حالات الرشح ونزلات البرد الطفيفة وما يشبه ذلك .

إن الطبيب ليس هو صاحب السر حتى يناط به تقدير مقتضيات إفشائه أو إمساكه ، وإنما رب ذلك السر هو المريض نفسه، وما لم يأذن لطبيبه بإعلانه فلا يجوز له ذلك . ولايقدح فى هذا النظر ما قد يذهب إليه عرف بعض الناس من حط وصف السر عن أمراض بعينها ،مادام المرضى بها يعتبرونها خلافا لذلك من قبيل الأسرار . فنعت السر الطبى يدور وجودا وعدما مع نظرة المريض إليه ، بغض النظر عما يراه المجتمع أو يرتاب الطبيب بشأنه . فقد لايصطبغ (الزكام) مثلا فى مفهوم الجماعة بصفة

---

(١) المحاماة سبتمبر وأكتوبر سنة ٤٢ ص ٤ ومشار إليه فى مؤلف فائق الجوهرى ص ٤٧٣ .

(٢) جارو مطول العقوبات ج٥ فقرة ٢٠٦٦ – جارسون فى العقوبات ج١ فقرة ١٧– المستشار محمد ماهر ص ١٠٤ – فائق الجوهرى ص ٤٧٣ .

السـر ، فى حين أن إفضاء الطبيب به قد يضر بالمريض إذا كانت طبيعة عمله تتأثر ولو مؤقتا بحاسة الشم لديه [١].

ولا يقتصـر السـر على ما يصل إليه الطبيب من نتائج إيجابية بل قد يكـون فى الأمـر سر ولو كانت نتيجة الفحص سلبية ، فالطبيب الذى يذكر أن الزائر خال من أى مرض يفشى فى ذلك سرا . وإن كان القضاء يعتبر هذا من مبررات الرأفة بالمتهم [٢].

وهـذا فضـلا عن أن احتمال وقوع الضرر متصور فى حالة النتائج السلبية كما فى تلك الإيجابية سواء بسواء فالطبيب الذى يذكر أن مريضه لايشـكو من شئ وأن حالته الصحية ممتازة قد يضر بمصلحة هذا المريض إذاكان يدعى مثلا عدم قدرته على القيام بعمل معين أو أن ظروفه الصحية تقتضى تغيير نوع عمله أو مكانه [٣]. وتقرير أن شخصا لايعانى من مرض معـين قد يستخلص منه عن طريق الخبرة الفنية أنه يعانى من مرض آخر مـثال ذلك شخص تبدو عليه أعراض مرضين فإعطاؤه شهادة سلبية فى شأن أحدهما يعنى بالضرورة أنه يعانى من الآخر [٤].

---

(١) المستشار محمد ماهر ص ١٠٤ .

(٢) حسـن الإبراشى ص ٤١٩ وما بعدها - فائق الجوهرى ص ٤٧٤- محمود محمود مصطفى ص ٣٤٠ هامش (٤) - المستشار محمد ماهر ص ١٠٢ .

(٣) محمود نجيب حسنى ص ٦٤٦ - المستشار محمد ماهر ص ١٠٢ .

(٤) محمود نجيب حسنى ص ٦٤٦ .

وبتطبيق ذلك على الأمراض العقلية قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٩ مارس ١٩٢٧[١] بوجوب استبعاد الشهادة المقدمة من طبيب بتحديد المرض العقلى لعميله على اعتبار أن الطبيب لم يصل إلى معرفة ذلك إلا بفضل العلاجات التى قام بها لهذا العميل . وذلك على خلاف الشهادة التى تقرر أن العميل سليم القوى العقلية ، طالما أن هذه الشهادة لم تحدد مرضا .

ويبدو من ظروف الحال أن سلامة القوى العقلية للمريض لم يعهد بها إلى الطبيب باعتبارها سرا ، كما أنها ليست سرا بطبيعتها [٢].

وسر المهنة الطبية كما يرجع إلى الحالة الحاضرة للمريض ، فهو يرجع كذلك إلى مستقبله ، فلا يجوز للطبيب أن يذكر شيئا عن خطورة المرض أو احتمالات الشفاء. كما أن السر يمتد أيضا إلى الوقائع والظروف التى يحدث فيها المرض أو الوفاة. وقد ضرب مثلا برجل توفى فجأة فى غرفة امرأة لم يكن يصح أن يذهب إليها . وذكر أن واجب الطبيب الذى يدعى فى هذه الحالة يقتضيه أن يذكر للسلطات الظروف التى حدثت فيها الوفاة. ولكن يجب أن يعمل الترتيب اللازم بمساعدة رجال البوليس على إخطار أسرة المريض بأن الوفاة حدثت فى الطريق العام [٣].

---

(١) بنفس المعنى نقض عرائض فى ١٨ يونية ١٩٠٤ .

(٢) فائق الجوهرى ص ٤٧٤ .

(٣) بروواردیل فى السر الطبى ص ٢٨١ .

ولا يشترط لتوافر الجريمة وقوع ضرر من إفشاء السر ، فالضرر ركن لقيام المسئولية المدنية فحسب ، فلا ينظر إلى الضرر من ناحية المجنى عليه بـــل تعتبر الجريمة متوافرة أركانها متى حصل الإضرار بالمصلحة العامة التى أريد بالنص حمايتها ، فلا يخفى كما ذكرنا سلفا أن السرقد يكون مشرفا لمن يريد كتمانه ومع ذلك جرمته المادة ٣١٠ عقوبات [١].

وقد استندت بعض الآراء فى اشتراط الضرر إلى وضع الشارع جريمة إفشاء الأسرار بين الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار .

وعيب هذه الآراء أن الواقعة التى يحرص المجنى عليه على كتمانها قد تكون مشرفة له [٢].

(١) حسن الإبراشى ص ٤١٩ .

(٢) محمود نجيب حسنى ص ٦٤١ هامش (٢) .

(الركن الثالث)
(أن يقع إفشاء السر من طبيب أو من فى حكمه بحكم عمله)

٢٧٥ـ مضمون الركن :

عينت الفقرة الأولى من المادة ٣١٠ عقوبات بعض طوائف يسرى عليها حظر إفشاء الأسرار فقالت : " كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل " ، ثم أردفت قائلة : " أو غيرهم مودعا إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصى ائتمن عليه " .

فقد حرص الشارع فى هذه الفقرة على توجيه خطابه صراحة إلى الأطباء والجراحين والصيادلة والقوابل ، ثم أردف هذا الخطاب بقوله أو (غيرهم) فدل بذلك على أن ذكر الأطباء ومن فى حكمهم لم يكن على سبيل الحصر، بل يتسع النص ليشمل مدلوله سواهم وينعطف على غيرهم . فيشمل النص جميع الموظفين وأصحاب المهن الذين تقتضى وظائفهم أو مهنهم بتلقى أسرار الغير بسبب ما يقومون به من الأعمال خدمة للجمهور. وترك النص للقضاء تحديد هؤلاء. وقد رأينا أن محكمة النقض أخرجت من دائرة النص الخدم والكتبة والمستخدمين الخصوصيين ونحوهم لأن مخدوموهم لا يضطرون إلى اطلاعهم على ما يرتكبونه من أعمال مخالفة للقانون .

وقد أردف الشارع إشارته إلى "الأطباء" ذكر "الجراحين" مع أن الجراحين نوع من الأطباء، ويكشف ذلك عن قصد الشارع أن يحيط بالأطباء كافة على اختلاف تخصصاتهم ، بما فى ذلك أطباء الأسنان، ولكن لايدخل فى نطاق النص الأطباء البيطريون [١].

---

(١) محمود نجيب حسنى ص ٦٥٤ — فائق الجوهرى ص ٤٦٨ .

وقـــد أشار الشارع إلى " القوابل" ويستخلص من ذلك قصد الشارع أن يشير إلى جميع الأشخاص الذين يباشرون طبقا للقانون عملا طبيا وأن يكون ذلك محصورا فى عمل أو أعمال محدودة ، فيخضع للنص بناء على ذلك " حلاق الصحة" فى حدود ما رخص له به القانون [١].

غير أنه قد أثير الخلاف حول مدى التزام من يعاونون الأطباء بكتمان ســر المهـــنة أسوة بهم مثل مساعدى الأطباء والممرضين والفنيين وكتبة المستشـــفيات ومديـــر المستشفى وطلاب كلية الطب وصانعى الأسنان والـــنظارات الطبية والأطراف الصناعية فذهبت القلة إلىعدم تقيدهؤلاء بالكتمان رغبة فى عدم التوسع فى أحوال المنع من الشهادة ، وأخذا بقاعدة التفسير الضيق فى المواد الجنائية [٢].

غـــير أن الرأى الغالب يذهب إلى أن واجب الكتمان ينطبق على كل هؤلاء باعتبارهم أمناء على السر بحكم الضرورة فالالتزام بعدم إفشاء السر يمتد إلى كل من يتصل بالأطباء وتكون له فرصة الاطلاع على السر. ذلك أن القـــول بغير ذلك لايتفق وقصد المشرع فى المحافظة على أسرار المهنة وحمايتها بسياج منيع وهو ما يتطلب حتما امتداد نطاق التأثيم إلى هؤلاء الذيـــن يتصلون بحكم الضرورة بالأطباء ومن فى حكمهم إبان مباشرتهم

---

(١) محمود نجيب حسنى ص ٦٥٤ .

(٢) راجـــع ميرجـــيه عن سر المهنة رسالة باريس سنة ١٨٩٥ ص ١٣٢- نقض جنائى فرنسى ١٨٦٤/١٢/٨ (دالوز ١٨٦٧ — ٥- ٤٣١) .

لعملهم أو بمناسبته ويقفون على السر بدورهم ومن مصلحة المريض نفسه أن يشـــرح لهم الطبيب حالته ، فإن كانوا فى حل من إباحة السر أصبح النص قليل الفائدة إذ ما يحرم على الطبيب يمكن أن يحل لمساعديه [١].

ولـــيس من الضرورى أن يكون الطبيب مرخصا له بمزاولة المهنة فهو يلـــزم بالمحافظة على سر المهنة ولو كان يزاولها بغير ترخيص[٢] . ذلك أنه ينبغى فى مفهوم النص أن يكون الأمين بمقتضى صناعته أووظيفته موضع ثقة بالضرورة على السر فلا يطلع عليه أحدا، يستوى فى ذلك أن يكون مأذونا أو غير مأذون فى ممارسة المهنة حاصلا أو غير حاصل على المؤهل العلمىأو المسوغ اللازم لاستصدار مثلهذا الترخيص ويجزئ فى هذا المقام مزاولته عمل الصنعة أو المهنة فعلا [٣].

وواضح أن الالتزام بعدم الإفشاء قاصر على السر الذى يعلمه الطبيب ومـــن فى حكمه بمقتضى مهنته . أما الأسرار الخارجة عن المهنة مما يصل الطبيب ومن فى حكمه إلى معرفته عرضا ، ليس بوصفه طبيبا، بل بوصفه شخصـــا عاديا ، فإن الطبيب لايلزم بكتمان هذه الأسرار ولايعاقب على

---

(١) فـــائق الجوهـــرى ص ٤٦٨ ومـــا بعدها- حسن زكى الإبراشى ص ٤٢٢- رءوف عبيد ص ٢٩٦- محمود نجيب حسنى ص ٦٥٤ – المستشار محمد ماهر ص ١٠٦- نقض فرنسى ١٨٩٣/٣/١٦ .

(٢) فائق الجوهرى ص ٤٦٨ وما بعدها – المستشار محمد ماهر ص ١٠٧.

(٣) المستشار محمد ماهر ص ١٠٧ .

إفشائها . بل قد يكون هذا الإفشاء من واجبه فى بعض الأحيان [1]. وقد قضـــى فى فرنســا بأنه لايصح استبعاد شهادة الطبيب الذى كان صديقا للمتوفى لمجرد أنه طبيب ، طالما أن هذه الشهادة لاتتعلق بأمور وصلت إلى علمه بصفته طبيبا، بل بصفته شخصا عاديا بصرف النظر عن مهنته الطبية. بــل إن الواجب يقضى على الطبيب فى هذه الحالة بأن يبلغ بما وصل إلى علمه من هذا القبيل [2].

---

(١) فائق الجوهرى ص ٤٧٥ — محمود محمود مصطفى ص ٣٤٢ .

(٢) تولوز فى ٢٣ يونية سنة ١٩٠٠ (دالوز ١٩٠١ —٢— ٢١٣) .

(الركن الرابع)
(القصد الجنائى)

٢٧٦- تطلب توافر القصد الجنائى العام :

لاتعاقب المادة ٣١٠ على إفشاء الأسرار إلا إذا كان ذلك الإفشاء صادرا عن قصد جنائى .

ويتمثل هذا القصد فى إفشاء الطبيب السر عن عمد عالما بأنه يفشى سرا لم يفض به إليه أو يصل إلى علمه إلا عن طريق مهنته فإذا اعتقد الطبيب أن الواقعة ليست لها صفة السر، كما لو اعتقد الطبيب أن المرض أو العجز اليسير ليس سرا فأذاعه أو اعتقد الطبيب أنه ليست للسر صلة بمهنته، أو اعتقد أن المجنى عليه راض بإفشاء السر إلى شخص معين ، كما لو ظن الطبيب أن المريض راض بإخطار زوجته بمرضه فأفضى به إليها ، فإن القصد الجنائى ينتفى فى جميع هذه الحالات. وغنى عن البيان أن الجهل أو الغلط الذى ينفى القصد هو- تطبيق للقواعد العامة- ما تعلق بالوقائع أو بالتكييف القانونى غير الجنائى ، أما إذا تعلق بالتجريم فى ذاته فهو لاينفى القصد . فإذا كان الطبيب يعلم أن للواقعة صفة السر المهنى ، ولكنه يعتقد أن مهنته ليست من المهن التى يلتزم أفرادها بكتمان السر أو يعتقد توافر سبب إباحة لايعترف به القانون فإن القصد يعد- على الرغم من ذلك- متوافرا لديه [١].

---

(١) محمود نجيب حسنى ص ٦٦٢ .

ويتعين أن تتجــه إرادة المتهم إلى فعل الإفشاء وإلى النتيجة التى تترتب عليه، وهى علم الغير بالواقعة التى لها صفة السر، وفى تعبير آخر فإنه يتعين أن تــتجه إرادة المتهم إلى الفعل الذى يمكن به الغير من أن يعلم بالواقعة وأن تتجه كذلك إلى توفير هذا العلم لديه [١].

وبالترتيــب على ذلك لا يتوافر القصد الجنائى إذا أفشى الطبيب السر بإهمــال منه أو عدم احتياط فى المحافظة عليه أو كتمانه . فالطبيب الذى يــترك سهوا فى مكان غير أمين معلومات سرية عن أحد مرضاه ، فاطلع عليها الغير عرضا ، لايكون مرتكبا لجريمة الإفشاء .

ولكن عدم مسئولية الطبيب جنائيا فى هذه الحالة لايمنع من الحكم عليه بالتعويض إذا ما ترتب على إفشاء السر ضرر بالمريض أو ذويه [٢].

٢٧٧- لايشترط توافر نية الإضرار لدى الطبيب :

أثــير خلاف هام حول ما إذا كانت جريمة إفشاء السر تستلزم قصدا خاصا هو نية الإضرار بصاحب السر أم لاتستلزمه .

فذهب جانب من الفقه الفرنسى منذ عهد بعيد إلى القول بأن نية الإضرار هــذه شــرط لا غــنى عنه لقيام الجريمة . لأنه إذا اختفت نية الإضرار فمقتضى ذلك أن صاحب النبأ لا يعتبره سرا ، ولأن المشرع أورد جريمة

---

(١) محمود نجيب حسنى ص ٦٦٢ .

(٢) فــائق الجوهرى ص ٤٧٨ — حسن زكى الإبراشى ص ٤٢٥ — رءوف عبيد ص ٢٩٨ .

الإفشـــاء فى باب القذف والسب والبلاغ الكاذب ، وهى جرائم يتطلب للعقـــاب عليها قصد الإضرار [١]. ومن ثم فإن هذه الجرائم جميعا قسائم متساوية فى اقتضائها نية الإضرار شرطا جوهريا لقيام القصد الجنائى .

وقـــد أخـــذت بهذا الرأى محكمة النقض الفرنسية فى حكم لها صادر بـــتاريخ ١٨٣٠/٧/٢٣ . إلا أن محكمة النقض الفرنسية عدلت عن هذا القضـــاء ونبذت فكرة الضرر فى حكمها الصادر سنة ١٨٨٥ فى القضية المعروفة باسم قضية واتيليه **watelet** وتتلخص ظروف هذه القضية فى أن مصورا يدعى باستيان ليباج **Bastien-Lepage** أصيب بمرض فى الخصية وقـــام على علاجه صديقه الدكتور " واتيليه" . ولما اشتدت وطأة المرض على المريض استعان الطبيب بزميليه الجراح مارشان، وفورنييه الأخصائى فى الأمـــراض التناسلية . وقد اتفقت آراء الأطباء الثلاثة على أن المريض مصـــاب بنوع من السرطان . وأن الحالة تقتضى عملية جراحية لاتشفى المـــريض كلية، ولكن يمكن أن توقفه فترة من الزمن . وأجريت العملية فعـــلا واتضـــح من البحث التشريحى المكرسكوبى صحة التشخيص وقد تحسن المريض. ولكنه لم يلبث حتى شعر بآلام فى البطن ، فعاد إلى باريس لاستشـــارة طبيبه الدكتور واتيليه ، وبعد استشارة بين هذا وبين الدكتور بوتان، وافق الطبيبان على سفر المريض إلى بلاد الجزائر كطلبه ليبعد عن

---

(١) شوفووهيلى جـــ٥ فقرة ١٨٧٢ دالوز الهجائى إفشاء الأسرار فقرة ١٢، ٢٣.

بــرد فرنسا . غير أنه لم يمكث هناك غير بضعة أيام حتى شعر باشتداد وطــأة المرض عليه ، فعاد إلى باريز حيث أسلم الروح . وقد حدث بعد موته أن نشرت صحيفة الفولتير مقالا تتهم فيه الدكتور واتيليه بأنه أرسل مريضه باستيان ليباج المذكور إلىبلاد الجزائر، وهو يعلم أن طقس الجزائر يضـــر بصحته ، وذلك لأجل أن يتخلص منه بالموت، ويخفى بذلك خطأ ارتكبه فى علاجه ، بإجراء عملية جراحية لم تكن تقتضيها حالة مرضه ، الذى ذكرت الجريدة ما يفيد أنه كان الزهرى و لم يكن السرطان. فلما قرأ الدكـــتور واتيلـــيه هذا المقال ، أراد أن يدفع هذا الاتهام عن نفسه وعن شـــرف صـــديقه المتوفى، فكتب رسالة إلى جريدة الماتان يدافع فيها عن نفســـه ويشـــرح حقيقة ما حصل . ووجدت النيابة فى هذا الرد ما يعد إفشـــاء لســـر المهنة فقدمت الدكتور واتيليه للمحاكمة . وقضى بإدانته ابتدائيا واستئنافيا . فطعن فى الحكم بطريق النقض مستندا فيما استند إليه إلى عدم وجود نية الإضرار من جهته. ولكن محكمة النقض قضت برفض الطعن مقررة أن المادة ٣٧٨ (المقابلة للمادة ٣١٠ مصرى) جاءت بنص عام مطلق يعاقب على كل إفشاء لسر المهنة بدون اشتراط لنية الإضرار. وأن الشارع عندما فرض المحافظة على الأسرار كواجب من واجبات المهنة، فإنـــه قد رمى بذلك إلى توكيد الثقة الواجبة فى ممارسة بعض المهن، وإلى ضمان راحـــة الأسر التى يمكن أن تؤدى بها الثقة الاضطرارية إلى الإباحة

بأسرارها . ولايمكن تحقيق ممارسة هذه المهن إذا كان القانون يقتصر على عقاب الإفشاء الذى يرجع إلى سوء النية ، تاركا الإفشاءات الأخرى بغير عقاب. ولذلك فإن الجريمة تعتبر موجودة طالما أن الإفشاء يحصل عن علم بصرف النظر عن نية الإضرار (١).

وينطبق هذا الحكم أيضا على الإفشاءات السلبية .

وقد استقر الفقه فى مصر على هذا المبدأ (٢).

ومتى توافر القصد الجنائى العام على الوجه المتقدم بيانه، فلاعبرة بالبواعث أو الأغراض ، فإفشاء السر لا يباح ولو كان الغرض منه درء مسئولية أدبية أو مدنية .

فإذا تعرض الطبيب لما يمس سمعته وينال من كرامته — كما رأينا- فليس له أن يذيع شيئا من الأسرار التى بلغته بحكم مهنته كطبيب ، إذ أن نص المادة ٣١٠ قد وضع لصالح عام فلا تبرر مصلحة شخصية الإفلات من حكمه. وإنما يكون فى مقدور الطبيب أن يرفع دعوى قذف وتعويض

---

(١) السين فى ١١ مارس ١٨٨٥ واستئنافه باريس فى ٥ مايو سنة ١٨٨٥ (سيرى ١٨٨٥ —٢-١٢) وأمام النقض فى١٩ديسمبر ١٨٨٥(سيرى ١٨٨٥- ٢- ١٢١) ودالوز (١٨٨٦-١- ٣٤٧).

(٢) فائق الجوهرى ص ٤٨٠- حسن الإبراشى ص ٤٤٦- المستشار محمد ماهر ص ١٠٩- محمود محمود مصطفى ص ٣٤٢ - رءوف عبيد ص ٢٩٨- محمود نجيب حسنى ص ٦٦١.

ضد من عرض به بغير إفشاء لتلك الأسرار التى وقف عليها بوصفه طبيبا، وإذا سألته المحكمة تفصيلا لدعواه أو مزيدا من معلومات فله أن يعتصم بسر المهنة [١].

وقد ذهب البعض إلى أنه إذا استلزم الأمر بعض التفصيل فليكن ذلك فى جلسة سرية أو غرفة المشورة أو فى مذكرات [٢].

غير أن البعض – بحق- لايوافق على هذا الرأى لأن فيه إذاعة للسر على كل حال. وأن القاضى لاشك سيحمد للطبيب التزامه جانب الصمت، ويأخذ بأقواله إذا كانت الاستشارات والزيارات ثابتة فى دفتر زياراته وكانت مطابقة لما جاء فى عريضة دعواه [٣].

وكذا إذا طالب الطبيب بأتعابه أمام القضاء ، وكان القضاء له يحتاج إلى بعض التفاصيل فلا يجوز له الإفشاء بسر المريض .

ويرى البعض أنه لايصح ذكر نوع المرض صراحة فى أوراق الدعوى بل يكتفى بالإشارة الخفيفة التى يمكن أن يفهم منها القضاة من بين السطور [٤].

---

(١) بريان وشوديه فى الطب الشرعى ج (٢) ص ٥٧٧- محمود محمود مصطفى ص ٣٤٢ وما بعدها .

(٢) بريان وشوديه ص ٥٧٧ – المستشار محمد ماهر ص ١٠٩ .

(٣) مانش ص ٢٤٢ وهامش (١) مشار إليه فى فائق الجوهرى ص ٤٨١ .

(٤) فائق الجوهرى ص ٤٨١ .

وقد قضت محكمة هامبورج فى ألمانيا بإدانة طبيب بتهمة إفشاء الأسرار لأنه قدم للمحكمة عن طريق محاميه فى قضية أتعاب، رسائل كتبها له زوج امرأة كان يعالجها ، وكانت هذه الرسائل تحتوى على تفاصيل خاصة تتعلق بالزوجة . وقالت المحكمة فى حيثيات حكمها إن نص المادة ٣٧٨ وضع لصالح عام ، فلا يجوز لطبيب فى سبيل مصلحته المادية أو الشخصية أن يخالفه ولو كان حسن النية .

وقضت محكمة بروكسل كذلك فى ٢٨ مارس ١٩٠٠ بإدانة طبيب كان يعالج مريضه الذى أظهر رغبته فى إخفاء سر مرضه عن أبيه ، ولكن الطبيب فى سبيل الحصول على أتعابه أفضى إلى الأب بمرض ابنه الذى كان يعالجه [١].

ولكن لايعد إفشاء للسر ما يمكن أن يبديه الطبيب فى صدد الدفاع عن نفسه عن وقائع تتعلق بالحالة المرضية للمريض الذى كان يعالجه ، إذا رفعت عليه دعوى نسب إليه فيها خطأ فى العلاج الذى أجراه له . فإن حقه فى دفع المسئولية عن نفسه ، سواء من الناحية الجنائية أو المدنية ، يحله من التزامه بالمحافظة على السر .والطبيب هو صاحب الرأى فى تقدير ذلك [٢].

---

(١) مجلة concours méd س ١٩٠٠ ص ١١٤ .

(٢) جارسون م ٣٧٨ فقرة ١٣٦ ولا كاس فى التزامات الطبيب طبعة ١٩٣٨ فقرة ٢٨٦ وتعليق دالوز على حكم محكمة اميان فى ١٢ مارس سنة ١٩٠٢ فى=

ولا توافق قلة من الفقهاء على هذا الرأى بمقولة أن كتمان السر الطبى قـــد شرع لصالح عام تغيا الشارع من وراء فرضه ضرب حظر عام على الأســـرار الطبية لايسوغ معه التحلل منها بدعوى درأ المسئولية المدنية أو الجنائية، طالما أنه فى مقدورالطبيب دفعا لهما أن يحتج بسر المهنة فحسب[1].

٢٧٨ـ عقوبة الجريمة :

يعاقب على جريمة إفشاء سر المهنة الطبية بالحبس مدة لاتزيد على ستة شهور أو بغرامة لاتتجاوز خمسمائة جنيه مصرى. فلا يوقع على الجانى إلا إحدى هاتين العقوبتين فقط .

والحد الأدنى لعقوبة الحبس أربع وعشرين ساعة (م١٨عقوبات) والحد الأقصى لها ستة شهور .

=دالوز ١٩٠٢ —٢- ٤٩٣- نقض جنائى فى ٢٣ مارس سنة ١٩١٦ (.jurs Classeur . civil م ٨٢-١٣٨٣ المسئولية الطبية رقم ٢٧٠) .

٢- جنح إميان فى ١٢ مارس ١٩٠٢ (دالوز ١٩٠٢ — ٢- ٤٩٣ ومجلة جمعية السجون س ١٩٠٢ ص ٥٥٧) .

(١) المستشـــار محمد ماهر ص ١١١ — جنح أميان فى ١٢مارس ١٩٠٢ — منشور فى مجلــة جمعية السجون ص ١٩٠٢ ص ٥٥٧ — حيث كان طبيب قد أجرى عملية لفتاة توفيت على إثرها فرفع والدها دعوى يطالب فيها الطبيب بتعويض لتسببه فى الوفاة ونسب إليه أنه ترك لفافة من القطن ببطن الفتـــاة ، فلما سئل الطبيـــب عـــن التهمة نفى ما عزى إليه ودفع بأن المادة ٣٧٨ عقوبات (٣١٠ مصرى) تحول دون ذكر إيضاحات ، وطلب من المحكمة أن تحكم له بالتعويض على المدعى لأنه شهر بسمعته فأجابته المحكمة إلى طلبه .

والحـــد الأدنى للغـــرامة مائـــة قرش (م٢٢ عقوبات) والحد الأقصى لها خمسمائة جنيه .

ويجوز للمحكمة أن تأمر فى نفس الحكم بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا رأت مـــن أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أوسنه أو الظروف التى ارتكب فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى مخالفة القانون . ويجب أن تبين فى الحكم أسباب إيقاف التنفيذ .

ويجوز أن يجعل الإيقاف شاملا لأية عقوبة تبعية ولجميع الآثار الجنائية المترتبة على الحكم (م٥٥ عقوبات) .

ويصـــدر الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة لمدة ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذى يصبح فيه الحكم نهائيا (م١/٥٦ عقوبات) .

والجريمة جنحة دائما .

٢٧٩ـ تسبيب حكم الإدانة :

يتعين أن يتضمن حكم الإدانة بيانا واضحا للواقعة التى أفشاها المتهم والمهـــنة التى يمارسها (مهنة الطب) وفعل الإفشاء الذى صدر عنه . فبيان الواقعة يتيح لمحكمة النقض أن تتحقق من صفتها كسر ، وبيان المهنة يتيح لها أن تتحقق من الطبيعة المهنية للسر ومن أن هذه المهنة هى إحدى المهن التى يلتزم أفرادها بكتمان السر. ولا تلتزم محكمة الموضوع بالتحدث عن القصـــد اســـتقلالا . فإذا أثبتت أن للواقعة صفة السر افترض علم المتهم

بذلك، والأصل فى فعل الإفشاء أنه إرادى، ولاتلتزم المحكمة من باب أولى أن تـــتحدث عن البواعث إلى الجريمة . ولكن إذا دفع المتهم بانتفاء القصد لديـــه كان هذا الدفع جوهريا ، والتزمت المحكمة بالرد عليه ردا مدعما بالدليل ، وكذلك الحال إذا دفع بتوافر سبب للإباحة [1].

الحالات التى يجب أو يجوز فيها إفشاء سر المهنة الطبية

٢٨٠ـ تمهيد :

يسرى على إفشاء أسرار المهنة الطبية جميع أسباب الإباحة التى يعترف بها القانون ، ومن ثم فإن حالات إفشاء السرهى كافة الحالات التى تتوافر فيها أسباب الإباحة ولكن لبعض هذه الحالات أهمية خاصة فى هذه الجريمة، أوهى تثير بعض مشاكل تقتضى أن يوضع تنظيم خاص لها. ومن ثم نتناول أهم هذه الحالات فيما يلى .

٢٨١ـ الحالة الأولى :

تنفيذ أمر القانون أو استعمال حق يقرره :

رأيـــنا أن المادة ٣١٠ عقوبات بعد أن جرمت فى فقرتها الأولى إفشاء سر المهنة . أردفت فى فقـــرتها الثانية أنه لاتسرى أحكام هذه المادة إلا فى الأحوال التى لم يرخص فيها قانون بإفشاء أمور معينة .

(١) محمود نجيب حسنى ص ٦٦٣ — رءوف عبيد ص ٣٠٧ وما بعدها .

ويمكن إسناد هذه الإباحة إلى المادة ٦٠ من قانون العقوبات وإلى المبادئ العامة فى القانون التى تأبى أن يتناقض الشارع ، وهو ما يتحقق إذا ما عاقب على ما أمر أو رخص به . ووفقا للمبادئ العامة فى القانون فإنه لايشترط أن يتضمن تقرير هذا الأمر أو الحق نص فى قانون العقوبات أو القوانين المكملة له بل يجوز أن يقرره نص فى قانون غير جنائى، ويجوز أن يكون مصدره العرف أو المبادئ القانونية العامة، وسند ذلك أن النظام العام فى الدول هو كل متسق فلا يجوز أن يكون ثمة تناقض بين أجزائه [١].

وعلى ذلك فإن النصوص التى تجيز أو توجب الإفشاء وردت فى قوانين شتى . ونكتفى هنا بإيراد أمثلة لها . ومن بين ذلك .

١- الإبلاغ عن المواليد :

أوجبت المادة ١٤ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بإصدار قانون الطفل التبليغ عن المواليد خلال خمسة عشر يوما من تاريخ حدوث الولادة [٢]، ويكون التبليغ على النموذج المعد لذلك إلى مكتب الصحة فى الجهة التى حدثت فيها الولادة إذا وجد بها مكتب أو إلى الجهة الصحية فى الجهات التى ليست بها مكاتب صحة أو إلى العمدة فى غيرها من الجهات ، وذلك على النحو الذى تبينه اللائحة التنفيذية ... الخ .

---

(١) محمود نجيب حسنى ص ٦٦٤ .

(٢) وقد ورد هذا الالتزام فى المادة ١٩ من القانونين رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ فى شأن الأحوال المدنية .

وحددت المادة ١٥ من القانون الأشخاص المكلفين بالتبليغ عن الولادة بأنهم :

١- والد الطفل إذا كان حاضرا .

٢- والدة الطفل شريطة إثبات العلاقة الزوجية على النحو الذى تبينه اللائحة التنفيذية .

٣- مديـــرو المستشفيات والمؤسسات العقابية ودور الحجر الصحى وغيرها من الأماكن التى تقع فيها الولادات .

٤- العمدة أو الشيخ .

كمـــا يجـــوز قبول التبليغ ممن حضر الولادة من الأقارب والأصهار الـــبالغين حـــتى الدرجة الثانية على النحو الذى تبينه اللائحة التنفيذية . ويسأل عن عدم التبليغ فى المواعيد المقررة المكلفون به **بالترتيب السابق**، ولايجوز قبول التبليغ من غير الأشخاص السابق ذكرهم ... إلخ [١].

---

(١) وكانـــت المـــادة (٢٠) من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ فى شأن الأحوال المدنية تحدد الأشخاص المكلفين بالتبليغ عن الولادة كالآتى :
١- والد الطفل إذا كان حاضرا .
٢- والـــدة الطفل شريطة إثبات العلاقة الزوجية على النحو الذى تبينه اللائحة التنفيذية .
٣- مديـــرو المستشفيات والمؤسسات العقابية ودور الحجر الصحى وغيرها من الأماكن التى تقع فيها الولادات .
كمـــا يجوز قبول التبليغ ممن حضر الولادة من الأقارب والأصهار البالغين حتى الدرجة الثانية على النحو الذى تبينه اللائحة التنفيذية . =

وقد رصدت المادة (٢٣) من القانون عقوبة على مخالفة أحكام المادتين سالفتى الذكر هى الغرامة التى لاتقل عن عشرة جنيهات ولاتجاوز مائة جنيه .

وواضح من المادة (١٥) أن مدير المستشفى لايلتزم بالتبليغ عن الميلاد إلا فى حالة عدم وجود الأب والأم أو كانت الأم حاضرة و لم تثبت العلاقة الزوجية على النحو الذى تبينه اللائحة التنفيذية .

فإذا قام مدير المستشفى بالإبلاغ على هذا النحو فإنه لايرتكب جريمة إفشاء سر المهنة .

٢- الإبلاغ عن الوفيات :

ينظم الإبلاغ عن الوفيات القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ فى شأن الأحوال المدنية .

فأوجبت المادة ٣٥ من القانون التبليغ عن الوفيات إلى مكتب الصحة فى الجهة التى حدثت فيها الوفاة أو إلى الجهات الصحية التى يحددها وزير الصحة بقرار منه فى الجهات التى ليس بها مكاتب صحة ، أو إلى العمدة أو الشيخ فى غيرها من الجهات ، وذلك خلال ٢٤ ساعة من تاريخ الوفاة أو ثبوتها ... الخ .

=ويسأل عن عدم التبليغ فى المواعيد المقررة المكلفون به بالترتيب السابق، ولايجوز قبول التبليغ من غير الأشخاص السابق ذكرهم ... الخ .

وحددت المادة ٣٦ الأشخاص المكلفين بالتبليغ عن الوفاة على الترتيب وهم :

١- أصول أو فروع أو أزواج المتوفى .

٢- من حضر الوفاة من أقارب المتوفى البالغين .

٣- من يقطن فى مسكن واحد مع المتوفى من الأشخاص البالغين .

٤- الطبيب المكلف بإثبات الوفاة .

٥- صاحب المحل أو مديره أو الشخص القائم بإدارته إذا حدثت الوفاة فى مستشفى أوعيادة خاصة أوملجأ أو فندق أومدرسة أو مؤسسة عقابية أو ربان السفينة أوقائد الطائرة أو المشرف على وسيلة السفر أو أى محل آخر .

ولايقبل التبليغ من غير المكلفين به .

وقد رصدت المادة (٦٦) من القانون عقوبة على مخالفة حكم المادة (٣٥) سالفة الذكر هى الغرامة التى لاتقل عن مائة جنيه ولاتزيد على مائتى جنيه .

وواضح أن الطبيب المكلف بإثبات الوفاة لايلزم بالتبليغ عن الوفاة إلا عند عدم وجود أحد ممن يسبقونه فى الترتيب الموارد بالمادة (٣٦) سالفة الذكر، وكذا مدير المستشفى أو الشخص القائم بإدارته ، وهو تال فى الترتيب للطبيب المكلف بإثبات الوفاة .

٣-الإبلاغ عن الأمراض المعدية :

تنص المادة الأولى من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٥٨ (المعدل) فى شأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض المعدية على أن :

" يعتـــبر مرضا معديا كل مرض من الأمراض الواردة بالجدول الملحق بهـــذا القانون ولوزير الصحة العمومية – بقرار منه – أن يعدل فى هذا الجدول بالإضافة أو الحذف أو بالنقل من قسم إلى آخر من أقسام الجدول".

وتنص المادة ١٢ على أنه " إذا أصيب شخص أو اشتبه فى إصابته بأحد الأمراض المعدية وجب الإبلاغ عنه فورا إلى طبيب الصحة المختص.

أمـــا فى الجهـــات التى ليس بها طبيب صحة فيكون الإبلاغ للسلطة الإدارية التى يقع فى دائرتها محل إقامة المريض " .

وتـــنص المادة ١٣ على أن : "المسئولون عن التبليغ المشار إليه بالمادة السابقة هم على الترتيب الآتى :

(أ) كل طبيب شاهد الحالة .

(ب) رب أسرة المريض أو من يعوله أو يأويه أو من يقوم على خدمته.

(ج) القـــائم بإدارة العمل أو المؤسسة أو قـــائد وسيلة النقل إذا ظهر المرض أو اشتبه فيه أثناء وجود المريض فى مكان منها .

(د) العمدة أو الشيخ أو ممثل الجهة الإدارية .

ويجب ..... الخ " .

وقد رصدت المادة (٢٥)من القانون عقوبة على مخالفة المادتين سالفتى الذكرهى الغرامة التىلاتقلعن جنيه ولاتتجاوز عشرة جنيهات أو بالحبس لمدة شهر فإذاكان المرض من القسم الأول تكون العقوبة غرامة لاتقل عن خمسين جنيها ولاتتجاوز مائة جنيه أو الحبسمدة شهرين . وذلك مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقضى بها قانون العقوبات أو أى قانون آخر.

٤- الإبلاغ عن الأمراض الزهرية :

تنصالمادة الأولىمن القانون رقم ١٥٨لسنة ١٩٥٠ بمكافحة الأمراض الزهريةعلى أن : " يقصد بالأمراض الزهرية فى تطبيقهذا القانون الزهرى فىأدواره المعدية والسيلان والقرحةالرخوة فى أىجزءمن أجزاء الإنسان".

وتنص المادة الثانية على أن : "يجب على كل من علم بإصابته بأحد الأمراض الزهرية أن يعالج نفسه لدى طبيب مرخص له بمزاولة المهنة " .

وتنص المادة الثالثة على أن : " إذا غير المريض الطبيب المعالج وجب عليه إخطاره بذلك وعليه أن يبلغ الطبيب الجديدعن اسم الطبيب السابق".

وتنصالمادة الرابعة على أن: "على الطبيب المعالج أنيحتفظ لديه بسجل يدون فيهبخطيده أسماء المصابينبأحد الأمراض الزهرية وصناعتهم وعنوانهم ونوع المرض ودرجته وتاريخ بدء العلاج ونوعه ونتيجة العلاج ويكون لكل مريض رقم سرى ويجب ختم هذا السجل بخاتم مكتب صحة الجهة

وترقيمها منه . ويكون لمفتش صحة المحافظة أو المديرية فى كل وقت الاطلاع على هذا السجل بحضور الطبيب " .

وتنص المادة الخامسة على أن : " على كل طبيب أن يبلغ تفتيش صحة المحافظة أو المديرية فى نهاية كل شهر عن عدد الأشخاص الذين تقدموا إليه للمعالجة فى خلال الشهر ووجدوا مصابين بأحد الأمراض الزهرية مع بيان الأرقام السرية المعطاة لكل منهم فى السجل وذلك على الاستمارات التى تضعها وزارة الصحة العمومية لهذا الغرض .

وتقيد هذه التبليغات فى دفتر خاص بمكاتب التفتيش" .

وتنص المادة الثامنة على أن : " تقوم المؤسسات العلاجية الآتية التابعة للحكومة أو لمجالس المديريات أو المجالس البلدية بعلاج الأمراض الزهرية على نفقة الدولة لكل منها فى نطاق عملها .

(أ) عيادات ومستشفيات الأمراض الجلدية والزهرية .

(ب) مستشفيات الأمرض العقلية .

(ج) المستشفيات العمومية والمركزية .

(د) العيادات الخارجية .

(هـ) مستشفيات أمراض النساء والولادة (للحوامل والمرضعات) .

(و) مراكز رعاية الطفل (للحوامل والأطفال) .

(ح) مستشفيات الرمد (لأمراض العين).

ولوزيـــر الصحة العمومية بقرار يصـــدره أن يضيف إليها مؤسسات علاجية أخرى .

ويجـــب على رؤساء هذه المؤسسات اتباع أحكام المادتين (٤، ٥) فيما يتعلق بالقيد والتبليغ " :

وقـــد رصدت الفقرة الثانية من المادة (١٣) عقوبة عدم إبلاغ الأطباء ورؤســـاء المؤسســـات العلاجية سالفة الذكر وهى الغرامة التى لاتتجاوز عشرة جنيهات .

ولاتخل أحكام القانون بما يقضى به قانون العقوبات أو أى قانون آخر من عقوبات أشد كما لاتخل بالمحاكمات التأديبية (م ١٤) .

وعـــلى ذلك فإن الطبيب أو رئيس المؤسسة العلاجية إذا قام بالإبلاغ عن الإصابة بأحد الأمراض الزهرية، فإنه لايعد مفشيا لسر المهنة .

غـــير أنه ينبغى على الطبيب فى الحالات الأربع السابقة ، أن يقصر إبلاغه على جهة الاختصاص، فلا يباح له إفشاء السر إلى غير تلك الجهة، وإلا كان مرتكبا لجريمة إفشاء سر المهنة .

٢٨٢ـ الحالة الثانية :

الإبلاغ عن الجرائم :

تنص المادة ٦٦ من قانون الإثبات على أن :

" لايجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم عن طريق مهنــته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصودا به ارتكاب جناية أو جنحة ... إلخ "- والثابت أن المادة ٣١٠ من قانون العقوبات قد أحالت على تلك المادة .

ونــص المــادة ٦٦ لاينصرف إلى ما نصت عليه المادة ٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية التى تجرى على أن : " لكل من علم بوقوع جريمة ، يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب، أن يبلغ النيابة العامة أو أحد مأمورى الضبط القضائى بها " .

ذلك أن هذه المادة غير مشار إليها- ولا إلى ماكان يقابلها فى القانون القديم- فى المادة ٣١٠ عقوبات ، فضلا عن أنها لم تتضمن أى جزاء على عدم الإبلاغ ومن ثم فإن تنفيذ مقتضى خطاب الشارع لايعدو أن يكون أمــرا مندوبا فحسب ، ولايرقى إلى مرتبة الإلزام . وبالتالي فإن الطبيب لايعد ملزما قانونا بالإبلاغ عن الجرائم فإذا علم الطبيب عن طريق مهنته بوقوع جريمة، لايجوزله الإبلاغ عنها وإلا كان مفشيا لسر مهنته. فإن أبلغ وجــب عقابه. ولايجوز للنيابة العامة مباشرة إجراء التحقيق فيها . فليس للطبيب الذى يدعى إلى عيادة مصاب أن يبلغ عن إصابته، ولو اتصلت بجناية

ســـواء أكان فيها جانيا أم مجنيا عليه . وإذا دعى طبيب إلى معالجة سيدة فعلم أن مرضها ناشئ عن إجهاض، فلا يجوزله الإبلاغ عن ذلك[١].

وقـــد ذهب البعض إلى أنه يجوز للطبيب أن يكشف عن الجرائم التى تكون قد ارتكبت ضد المريض نفسه، كما لو عذب طفل أوهتك عرضه، وذلك على اعتبار أن هذا النص قد وضع أصلا لمصلحة المريض [٢].

غـــير أنه استثناء من عدم إفشاء السر ، أجازت المادة ٦٦ من قانون الإثبات— التى أحالت إليها المادة ٣١٠ عقوبات—للطبيب أن يبلغ السلطات عمـــا وصل إليه من المريض من معلومات إذا كان ذكر هذه المعلومات له مقصودا به "ارتكاب جناية أو جنحة " فقط. ومثال ذلك أن يتوجه شخص إلى طبيب ليسترشد برأيه فى إسقاط حمل، وطلب منه المساعدة على ذلك[٣].

وقد قضت محكمة النقض — الدائرة الجنائية — بتاريخ ١٩٣٣/١٢/٢٧ فى الطعن رقم ١٩٩٩ لسنة ٣ ق بأن :

" إذا استطلع أحد المتهمين رأى محاميه فى ارتكاب جريمة وهى الاتفاق مـــع أحـــد الشهود على أن يشهد زورا فهذا الأمر ولو أنه سر علم به

---

(١) فـــائق الجوهرى ص ٤٩٣ — حسن زكى الإبراشى ص ٤٤٦ — رءوف عبيد ص ٣٠٢- محمود محمود مصطفى ص ٣٤٥.

(٢) حسن زكى الإبراشى ص ٤٤٧ — راجع أيضا فائق الجوهرى ص ٤٩٥ .

(٣) فـــائق الجوهرى ص ٤٩٤ — حسن زكى الإبراشى ص ٤٤٦- محمود محمود مصطفى ص ٣٤٤ وما بعدها .

المحـــامى بسبب مهنته إلا أن من حقه بل من واجبه أن يفشيه لمنع وقوع الجريمة وفقا للمادة ٢٠٥ مرافعات فإذا أخذت المحكمة بمعلومات المحامى عن تلك الواقعة واستندت إليها فى التدليل على أن المتهم موكله كان يسعى فى تلفيق شهادة فلا يمكن إسناد الخطأ إليها فى ذلك " .

أما إذا كانت هناك جريمة وقعت بالفعل فلا يجوز للطبيب الإفشاء بالسر بأية حال إلا إذا كان القانون يلزمه بالإبلاغ رعاية لمصلحة عامة .

والحكمة من ذلك واضحة ، وهى رغبة الشارع فى أن تبلغ السلطات العامة بالجناية أو الجنحة قبل وقوعها للمبادرة بمنعها .

وقد جعل ذلك جوازيا متروكا لتقدير الطبيب الأمين على السر وحده.

غير أنه يشترط أن يكون الإبلاغ للجهة المختصة ، فإذا أفضى الطبيب بالسر خارجها ، كان الفعل مستوجبا للعقاب .

٢٨٣ـ الحالة الثالثة :

طبيب شركة التأمين :

عـــندما يقدم طلب لإحدى شركات التأمين على الحياة ، فإنه لايبت فيه إلا بعد إجراء كشف طبى دقيق على الطالب بمعرفة الطبيب الذى تنتدبه الشـــركة ، وعـــلى ضوء التقرير الذى يقدمه يصدر قرار الشركة بقبول الطلب أو رفضه .

والطبيب الكشاف فى هذه الحالة لايعتبر وسيطا بين الطالب والشركة، وإنما يعتبر ممثلا للشركة أوخبيرا لها ويعتبر عمله جزءا من عملها ، ويستتبع ذلـــك أن تقديم التقرير الطبى إلى الشركة لايعتبرمنه إفشاء لسرمن أسرار مهنته على أنه لايجوز للطبيب أن يذكر للغير شيئا مما تضمنه التقرير المقدم ولو كان ذلك الغير من الورثة .

وإذا كان هذا الطبيب قد سبق علمه بوجود مرض لدى طالب التأمين ولكنه لم يترك علامات تدل عليه، فإنه لايجوزله ذكرهذا المرض لأنه بذلك يكون قد أفشى سرا وصل إليه بحكم مهنته [1].

ولـــيس للطبيب الذى يستدعى للكشف على جثة ، أن يعطى شهادة بنتيجة الفحص لشركة التأمين ، وإن كان له أن يعطيها للورثة [2].

٢٨٤ـ الحالة الرابعة :

الشهادة أمام القضاء :

أداء الشهادة أمام النيابة العامة والقضاء واجب على كل شخص خدمة للعدالة، ويفرض القانون على كل شخص الالتزام بأداء الشهادة، إذا كلف بذلك تكليفا صحيحا ، ويقرر توقيع العقاب عليه إذا تخلف عن الحضور أو حضر وامتنع بغير مبرر قانونى عن الإدلاء بشهادته (المواد ٧٨، ٨٠ من

(١) فائق الجوهرى ص ٥٠٢ .

(٢) حسن زكى الإبراشى ص ٤٤٥ .

قـانون الإثبات، ١١٩، ٢٠٨، ٢٧٩، ٢٠٨، ٢٨٤ من قانون الإجراءات الجنائـية)- وقد نصت المادة ٨٠ من قانون الإثبات على أنه :" إذا حضر الشاهد وامتنع بغير مبرر قانونى عن أداء اليمين أو عن الإجابة حكم عليه طـبقا للأوضاع المتقدمة بغرامة لاتجاوز مائتى جنيه " . وقد نصت المادة ٢٨٤ من قانون الإجراءات الجنائية على أن : " إذا امتنع الشاهد عن أداء الـيمين أو عـن الإجابة فى غير الأحوال التى يجيزله القانون فيها ذلك ، حكـم علـيه فى مواد المخالفات بغرامة لاتزيد على عشرة جنيهات وفى الجنح والجنايات بغرامة لاتزيد على مائتى جنيه .... الخ " .

وقد رأيناسلفا أن الفقرة الأولى من المادة ٣١٠ عقوبات بعد أن جرمت إفشاء سر المهنة ، أردفت فى الفقرة الثانية على ألا تسرى أحكامها إلا فى الأحـوال التى لم يرخص فيها قانون بإفشاء أمور معينة كالمقرر فى المواد ٢٠٢ و٢٠٣ و٢٠٤ و٢٠٥ من قانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية. وهذه المواد المشار إليها قد حل محلها الآن المادتان ٦٥ ،٦٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية .

وتنص المادة ٦٦ على أنه : " لايجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولـو بعـد انتهاء خدمته أو زوال صفته، ما لم يكن ذكرهاله مقصودا به ارتكاب جناية أو جنحة .

ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الوقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم".

فقد حظرت المادة على الأطباء إفشاء سر من أسرار مهنته- بالتفصيل الذى ذكرناه سلفا — وأن يؤدى الشهادة عليه ، إلا أنها أباحت له استثناء الإدلاء بالشهادة وإفشاء هذا السر إذا طلب ذلك من أسرها إليه .

وإذا لم يطلب صاحب السر الإدلاء بالشهادة، فلا تستطيع المحكمة أن تلزم الطبيب بالإفضاء بسر من أسرار مهنته، ولايجوز لها أن تقضى بالعقاب الذى يرصده القانون لمن يمتنع عن الإدلاء بالشهادة .

ويترتب على هذا الحظر أنه إذا أدى الطبيب الشهادة دون طلب من أسرها إليه كانت شهادته إفشاء للسر وعوقب وفقا للمادة ٣١٠ عقوبات، وكانت شهادته أيضا باطلة فلا تصلح دليلا قانونيا لأنها جريمة فى ذاتها، ويعد قاصرا الحكم الذى يعتمد عليها وحدها [١].

ويلاحظ أن الاستناد إلى دليل باطل فى المواد الجنائية يبطل الحكم ولو توافرت أدلة أخرى للإدانة لأن القاعدة فيها أن الأدلة متساندة بحيث إذا

---

(١) حسن الإبراشى ص ٤٣٩ — محمود نجيب حسنى ص ٦٧١ — أحمد نشأت رسالة الإثبات الجزء الأول ١٩٧٢ ص ٥٦٩.

سـقط أحدها أو استبعد تعين بطلان الحكم متى تعذر التعرف على مبلغ الأثر الذى كان له فى الرأى الذى انتهت إليه المحكمة.

غير أنه إذا كان الدليل الباطل ليس من شأنه أن يؤثر فى عقيدة محكمة الموضـوع لو أنها كانت فطنت إلى فساده أو بطلانه . فإن مثل هذا الدليل الـباطل قد لا ينقص من قوة الأدلة الأخرى متى تبين من ظروف الواقعة وطريقة التدليل ذاتها أنها تكفى، بذاتها وبما بينها من تساند وتماسك لمارتبه الحكم عليها من نتائج منطقية[1] .

غـير أنـه إذا كان الحكم صادرا بالبراءة ، فإن مشروعية دليل البراءة ليست بشرط واجب .

وفى هذا قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية بأن :

" من المقرر أنه وإن كان يشترط فى دليل الإدانة أن يكون مشروعا إذ لايجوز أن تبنى إدانة صحيحة على دليل باطل فى القانون ، إلا أنه المشروعية ليست بشرط واجب فى دليل البراءة ، ذلك بأنه من المبادئ الأساسية فى الإجـراءات الجنائية أن كل متهم يتمتع بقرينة البراءة إلى أن يحكم بإدانته بحكم نهائى وأنه إلى أن يصدر هذا الحكم له الحرية الكاملة فى اختيار وسائل

---

(١) رءوف عبـيد فى جـرائم الاعـتداء على الأشخاص والأموال ص ٣٠٦ وفى المشـكلات العملية الهامة فى الإجراءات الجنائية الجزء الثانى الطبعة الثانية ص ٦٦٩ وما بعدها- الدكتور مأمون سلامة قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض ١٩٨٠ص ٩٢٩ وما بعدها .

دفاعه بقدر ما يسعفه مركزه فى الدعوى ما تحيط نفسه من عوامل الخوف والحرص والحذر وغيرها من العوارض الطبيعية لضعف النفوس البشرية ، وقــد قام على هدى هذه المبادئ حق المتهم فى الدفاع عن نفسه وأصبح حقا مقدسا يعلو على حقوق الهيئة الاجتماعية التى لايضيرها تبرئة مذنب بقدر ما يؤذيها ويؤذى العدالة معا إدانة برئ " .

(طعن رقم ١١٧٢ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٦٧/١/٣١)

والــراجح أنه يجب على الطبيب أن يبدى المانع قبل أدائه اليمين لأن موقفه يكون متناقضا إذا حلف اليمين ثم امتنع عن الشهادة [١].

ولا محل للحظر السابق حيث يكون الطبيب ملتزما بالتبليغ أو جائزا له ذلك .

غـــير أنه يجب على الطبيب أن يحضر أمام المحكمة إذا كلف بالحضور على الوجه القانونى وإلا تعرض لعقوبة الشاهد المتخلف ، وبعد ذلك يبدى المـــانع مـــن أداء الشهادة وللمحكمة الرأى الفصل فى تقدير هذا المانع وتقديـــر ما إذا كانت المعلومات التى يطلب منه إبداؤها تعتبر من أسرار المهنة التى أراد القانون حمايتها بالمادة ٣١٠ عقوبات، فإن رأت ألا مسوغ لامتناعه ألزمته بالشهادة [٢].

---

(١) محمود نجيب حسنى ص ٦٧١ – فائق الجوهرى ص ٥١١ .

(٢) حسن الإبراشى ص ٤٣٨ .

٨٥٦ـ الحالة الخامسة :

أعمال الخبرة :

إذا لم يكن للأطباء أن يشهدوا شفويا أمام القضاء عن وقائع تعتبر من أسرار مهنتهم ، إلا أن الخبير الذى ينتدبه القضاء يستفيد من سبب إباحة إذا ضمن تقريره إليه الوقائع التى علم بها وكانت متعلقة بالموضوع الذى طلب منه دراسته وإبداء الرأى فيه، ومن ثم لا يخضع تحت طائلة العقاب، وإنما يشترط لذلك شرطان :

الأول: أن يقدم الطبيب التقرير للمحكمة التى ندبته وحدها، فإن قدم تقريره إلى سواها ارتكب جريمة إفشاء السر .

الثانى : أن يكون الطبيب قد عمل داخل الحدود التى رسمتها المحكمة. فإذا ضمن الطبيب تقريره معلومات خارج عن موضوع ندبه، فقد ارتكب جريمة إفشاء السر .فإذا انتدبت المحكمة طبيبا لفحص الحالة العقلية للمتهم تعين عليه أن يقصر تقريره على خلاصة فحصه لهذه الحالة .فإذا كان المتهم قد أفضى إليه باعترافه بالجريمة — سواء أكان حينئذاك مفيقا وكان إفضاؤه بذلك ثقة منه فيه أم كان تحت تأثير عقار أعطاه له ليختبر حالته — فإنه يحظر على الخبير أن يضمن تقريره هذا الاعتراف.

وسبب توافر الإباحة عند تحقق هذين الشرطين أن الخبير يعتبر ممثلا للمحكمة وعمله جزء لايتجزأ من عملها ، فهى لاتستعين بالخبير إلا لأن

تحقيق هذه الوقائع يتطلب دراية فنية لاتتوافر لها ، ولولا ذلك لكانت قد حققتها بنفسها . وعلى ذلك إذا أفضى الخبير بالسر إلى المحكمة فهو لايفضى به إلى الغير بل إلى نفسه وإذا كانت المسئولية عن حفظ السر قد دعت إليها ضرورة بعث الثقة فى نفس المريض لكى يفضى إلىٰ طبيبه بكل المعلومات التى تفيد فى علاجه فإن هذه الحكمة منتفية بالنسبة للطبيب الذى تعينه المحكمة لفحص المريض وتقديم تقرير عن حالته [1].

وقد عرضت حالة من هذا النوع أمام القضاء المصرى احتاط فيها الطبيب خشية المسئولية إلى حد جاوز الضرورة ، ذلك أنه انتدب لتوقيع الكشف الطبىٰ على شيخ مسجد مسن اتهم بالفسق بطفل لم يتجاوز عمره الرابعة عشرة. وقد وجد الطبيب أن الطفل خاليا من علامات عنف حول الشرج أو بجسمه ، كما وجد ملابسه خالية من البقع المنوية. واتضح له من الكشف على المتهم أنه مصاب بسيلان حاد. ولم يجد أثرا عند الغلام لهذا المرض، فانتظر أسبوعا ريثما يتم المرض دور حضانته إذا كانت قد انتقلت عدواه إلى الغلام، وفحصه مرة أخرى فلم يجد به أثرا للمرض. فاستنتج من ذلك أن المتهم برئ من تهمة الفسق بالغلام . لأنه لو فسق به لأصابته عدوى المرض. ولكن الطبيب خشى أن يذكر ذلك صراحة

---

(١) حسن الإبراشى ص ٤٤٣- الدكتورة آمال عثمان الخبرة فى المسائل الجنائية دار النهضة العربية ص ٣٣٠ وما بعدها .

فـــيكون قد أفشى سرا لم يصل إليه إلا بحكم مهنته ، وخشى فى الوقت نفســـه ألا يذكـــره فيؤدى ذلك إلى إدانة المتهم فى جريمة هو برئ منها. وأخيرا تخلص من الحرج بأن ذكر أن المتهم مصاب بالتهاب فى مجرى البول تنتقل عدواه بالملامسة، ولكن الغلام المجنى عليه لم تنتقل إليه العدوى بهذا المرض [١]. ولكنه على الرغم من هذا التحفظ فإن الطبيب يعتبر قد أباح بســـر مـــن أسرار مهنته إلا أن الإباحة جائزة حتى إذا ذكر مرض المتهم الحقيقى، لأنه يعتبر فى هذه الحالة كما قلنا ممثلا للمحكمة ولم يخرج عن الحدود التى رسمتها له .

غـــير أنه يراعى أنه يجوز للطبيب فى هذه الحالة أن يشهد شفاهة أمام المحكمة فيما أورده بتقريره دون أن يكون مفشيا لسر مهنته .

وما يصدق على الخبير الذى ينتدبه القضاء يصدق كذلك على الخبير الـــذى تنـــتدبه الإدارة العامة كمالو انتدبت إحـــدى المصالح العامة طبيبا ليفحص المتقدمين لشغل وظيفة فيها أو ليفحص موظفا ليقرر مدى حاجته إلى إجـــازة من عمله أو موظفا أصيب أثناء العمل ليحدد مدى استحقاقه للـــتعويض، فـــلا يعتبر التقرير الذى يقدمه إلى الإدارة إفشاء لسر، وسند الإباحة هو ذات سندها فى حالة الخبير المنتدب من قبل القضاء [٢].

---

(١) مشار إليه فى مؤلف فائق الجوهرى ص ٥١٤ .

(٢) محمود نجيب حسنى ص ٦٧٢ وما بعدها .

٢٨٦ـ الحالة السادسة :

رضاء المجنى عليه :

يرى بعض الفقهاء أن تحريم إفشاء السر الذى نصت عليه المادة ٣١٠ عقوبات هو من مسائل النظام العام. فلايصح أن يكون إذن صاحب السر بالإفشاء سببا فى إباحته . هذا فضلا عن أن صاحب السر لايدرك ماهيته ولامداه ، فقد يكون مجهولا منه كله أو بعضه ، مع أن المريض لو عرفه لما فكر أن يرخص بإفشائه[1].

غير أن الرأى الذى اعتنقه أغلب الفقهاء هو أن لصاحب السر أن يبيح للطبيب إفشاءه ما دام هو صاحب المصلحة الأولى فى الكتمان وما دام فى استطاعته أن يذيع بنفسه ما حظر على الطبيب إذاعته، والأطباء لايتعرضون فى ذلك لأن يفقدوا ثقة مرضاهم مادامت إذاعة السر معقودة برضاهم [2].

وبهذا الرأى جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية [3].

وقد أخذ به الشارع المصرى فبعد أن حظر فى المادة ٦٦ من قانون الإثبات على من علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته

---

(١) جارو جزءه ص ٢٠٦٨ – جرينول فى ٢٣ أغسطس سنة ١٩٢٨ (موسوعة دالوز تحت temion رقم ٤٩ ونقض جنائى فى ١١ مايو سنة ١٨٤٤ (سيرى ١٨٤٤ –١– ٥٢٧) .

(٢) جارسون م ٣٧٨ ن ٧٨ – اسمان فى سيرى ١٩٠١ –١– ١٦١ .

(٣) نقض ١٩١٤/٥/٢٦ سيرى ١٩١٩/١٨ –١– ٩- نقض ١٩١٤/٧/١٦ سيرى ١٩١٩/١٨–١– ١٢.

أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصودا به ارتكاب جناية أو جنحة ، أردف فى الفقرة الثانية أنه يجب عليهم أن يؤدوا الشهادة عن هذه الأمور متى طلب ذلك من أسرها إليهم .ما دام فى استطاعة صاحب السر أن يذيع ما حظر على الطبيب ، فله أن يرفع عنه هذا الحظر .

ويرى غالبية الشراح أن هذا الحكم ليس قاصرا على الشهادة وحدها وإنما يقرر مبدأ عاما يسوغ لهم الإفشاء بالسر فى جميع الأحوال [1].

وقـــد قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بتاريخ ١٩٥٣/٧/٢ فى الطعن رقم ٨٨٤ لسنة ٢٢ ق بأن :

" إن الأصل فى أداء الشهادة أمام القضاء عند استجماع شرائطها أنه واجـــب يقتضـــيه الوصول إلى تعرف وجه الحق فى المنازعات وفى ثبوت الاتهام أو نفيه ، ولا يعفى الشاهد من الإدلاء بكل ما يعلم ويكتم منه إلا فى الأحوال الخاصة التى بينها القانون، ومنها حظر الشهادة إفشاء لسر من أســـرار المهـــنة المنصوص عليه فى المادة ٢٠٧ من قانون المرافعات ، **ما لم يطلـــب من أسره إليه إفشاءه** ، فيجب على الشاهد عندئذ أداء الشهادة عملا بالمادة ٢٠٨ من ذلك القانون الذى يدل نصها على أن تحريم الشهادة فى هذه الحالة ليس تحريما مطلقا ... إلخ " .

والإذن بالإفشاء حق شخصى بحت لصاحب السر، فلا يعتد بالإذن الصادر من الزوج للطبيب بإفشاء مرض زوجته ولا بتصريح المخدوم بذكر

---

(١) فائق الجوهرى ص٤٩٧- محمود نجيب حسنى ص٦٦٧-محمود محمود مصطفى ص ٣٤٦ .

مرض خادمه . ولكن يجوز لولى النفس على المريض- إذا لم يكن بالغا- أن يصرح بالإفشاء [١].

ويذهب رأى فى الفقه إلى أنه إذا مات صاحب السر فلا ينتقل الإذن بالإفشـــاء إلى ورثته لأن سر المهنة يحمى ذكرى الموتى ، فلا يحق للطبيب أن يذيع سرا اعتمادا على تصريح الورثة بذلك [٢].

غـــير أن رأيـــا آخر – نؤيده- يذهب إلى أن السر يكون حقا ماليا فينـــبغى أن ينتقل إلى الورثة بانتقال موضوعه إليهم ، ثم أنه قد تكون لهم مصلحة مشروعة فى إبلاغ سر المورث إلى شخص أو هيئة كما لو أرادوا الحصـــول علي شهادة طبية بأن المورث كان ضعيف العقل وقت الإيصاء كى يحصلوا على حكم ببطلان وصيته [٣].

والإذن بالإفشاء ليس مقتضاه إلزام الطبيب به ، بل إن الأمر مرجعه فى النهاية إلى تقديرهذا الأخير ، وموازنته بين مبررات الإفشاء والكتمان بغير تثريـــب عليه إذا اختار أحد السبيلين دون الآخر [٤]، إلا أن يكون العقد المبرم بين الطبيب والمريض قد تضمن التزاما على الطبيب بالإفشاء [٥].

---

(١) المستشار محمد ماهر ص ١٢٤ .
(٢) رءوف عبيد ص ٣٠٥ .
(٣) محمود نجيب حسنى ٦٦٩ – فائق الجوهرى ص ٤٩٩- محمود محمود مصطفى ص ٣٤٧.
(٤) رءوف عبيد ص ٣٠٥- حسن الإبراشى ص٤٢٩ - محمود نجيب حسنى ص ٦٦٨.
(٥) محمود نجيب حسنى ص ٦٦٨ .

ولا ينتج الإذن بالإفشاء أثره كسبب إباحة إلا إذا صدر عن صاحب السر نفسه ، ولاتقتصر القاعدة على حالة ما إذا كان صاحب السر هو الذى أودعه ، ولكنها تشمل حالة ما إذا أودعه لديه شخص آخر . كما تشمل حالة ما إذا كان صاحب المهنة قد علم بالسر عن طريق خبرته الفنية. وتطبيقا لذلك إذا أودعت الزوجة لدى الطبيب سرا لزوجها فإن الرضاء بإفشائه يجب أن يصدر من الزوج ، فلا عبرة برضاء الزوجة .

ولايشترط أن يطلب المريض نفسه من الطبيب إفشاء السر بل يجوز طلب ذلك بواسطة غيره .

وقد قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية- بأن :

" لاعقاب بمقتضى المادة ٣١٠ من قانون العقوبات على إفشاء السر إذا كان لم يحصل إلا بناء على طلب مستودع السر ، فإذا كان المريض هو الذى طلب بواسطة زوجه شهادة عن مرضه من الطبيب المعالج ، فلا يكون فى إعطاء هذه الشهادة سر معاقب عليه " .

(طعن رقم ١٨٣٢ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/١٢/٩)

ويشترط فى الإذن بالإفشاء أن يصدر عن إرادة حرة وإدراك، فلا يعتد بإذن صادر من مجنون أو من صغير غير مميز ، بل ينبغى عندئذ صدوره ممن له ولاية النفس لا ولاية المال .

ويشـــترط أن يصدر الإذن عن بينة ، ولذلك تشككت المحاكم فى اعتـــبار ترخيص المؤمن لطبيبه بأن يبيح للشركة أسباب وفاته لتعلق ذلك بأمر مستقبل لايمكن أن يكون العلم به حاصلا وقت الترخيص[1].

والرضا يكون صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا . وإذا كان الرضا صريحا فإنه لايشترط أن يكون كتابيا .

ومـــن أمثلة الرضا الضمنى، أن تكون الزوجة قد صحبت زوجها فى زيارتها للطبيب ، فذلك رضاء ضمنى من الزوج بأن يفضى الطبيب بسر مرضـــه إلى زوجته ، وماجرى به العرف فى مصر من اصطحاب المريض لبعض ذوى قرباه أو نفر من أصدقائه إبان زيارته للطبيب ، مما ينم دلالة عن رضائه باطلاعهم على حقيقة مرضه ، ولاجناح على الطبيب فى مثل هذه الظروف من الخوض فيما وقف عليه من حالة المريض الصحية على مســـمع منهم مادام صاحب الشأن نفسه قد صحبهم فى معيته أثناء هذا الفحص [2].

ولكـــن لا يجـــوز افتراض صدور الإذن فإذا فحص الطبيب رجلا يرغب فى الزواج فلا يجوز افتراض رضائه بإبلاغ نتيجة الفحص إلى الفتاة التى يرغب فى الزواج منها أو إلى عائلتها .

---

(١) لـــيون فى ١٦ يونية سنة ١٩٠٩ (دالوز ١٩١٠ –٢– ١٢٣)– دويه فى ٢٨ أبريل سنة ١٩١٣ (دالوز ١٩١٩ –١– ٥٦) .

(٢) المستشار محمد ماهر ص ٢٤ .

وإذا تعدد أصحاب السر تعين أن يصدر الرضاء منهم جميعا، ومن ثم فلا عبرة برضاء صدر عن أحدهم أو بعضهم . وتطبيقا لذلك فإنه إذا عالج طبيب زوجين من مرض تناسلى فلا يجوز له أن يفشى سرهما إلا برضائهما معا [١].

٢٨٧ـ الحالة السابعة :

حالة الضرورة :

اختلف الفقهاء حول حق الطبيب فى إفشاء السر فى حالة الضرورة ، وقد أثير ذلك بصفة خاصة بصدد العدوى ببعض الأمراض التى لم يوجب القانون التبليغ بشأنها أو أوجبه ولم ينص على تبليغه لمن يمكن أن يصاب بالعدوى منها ، لا سيما فى المحيط العائلى . كما إذا أتيحت لطبيب فرصة فحص أحد الخاطبين فوجده مصابا بالزهرى ، فهل يلزم بكتمان هذا الأمر على الطرف الآخر مع ما يترتب على ذلك من نتائج خطيرة بالنسبة لحياة الأسرة المستقبلة ؟

فذهب رأى إلى أن نص المادة ٣١٠ عقوبات ورد مطلقا لم يرد عليه أى قيد ولايسمح بأى استثناء ، ومن ثم فلا يحق للطبيب أن يخالف حكمه أو يعتصم بحالة الضرورة ليدرأ عن نفسه المسئولية [٢].

---

(١) محمود نجيب حسنى ص ٦٦٩ — المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز التعليق على قانون الإثبات الطبعة التاسعة ص ٥٧٤ .

(٢) بروواردل المسئولية الطبية ص ٧٠ وما بعدها — هافتر مجلة جمعية السجون فى سويسرا ١٩٠٣ الكتاب الثالث .

وقد أخذت بذلك محكمة السين فى حكم لها بتاريخ ١٩٠١/٧/١١ فقضت بأن الطبيب الذى يكشف لوالدى الفتاة مرض خطيبها فيفسد بذلك مشروع الزواج يعتبر مفشيا لسر المهنة ومسئولا عما أصاب المريض من أضرار من جراء ذلك .

كما قضت محكمة سانت أتين بتاريخ ١٩٠٧/١٢/٢ بأن إخبار الطبيب لزوجة المريض بأن زوجها مريض بمرض معد وتحذيره إياها من مواقعته يعتبر إفشاء لسر المهنة .

ويرى فريق آخر أن إفشاء السر مباح فى هذه الحالات وأمثالها لأن القانون يرمي إلى كتمان السر حيث لايوجد مسوغ شرعى يبيح الإفشاء، أما حين يكون هذا المسوغ قائما فلا تثريب على الطبيب فى الإفشاء بالسر(١).

وقد أخذت بعض أحكام القضاء الفرنسى بهذا الرأى .

فقد حدث أن أخصائيا فى الأمراض التناسلية شاهد شابا، كان يعالجه حديثا من قرحة زهرية فى القضيب، يدخل الحمام الذى يستحم فيه فحاول أن يمنعه دون جدوى ، مما اضطره إلى مكاشفة مدير الحمام الذى أصدر إلى الشاب أمرا بالخروج ، فامتثل الشاب لهذا الأمر ولكنه رفع دعوى على الطبيب، فقضت المحكمة ببراءته إذ ما كان يستطيع أن يتصرف على غير ما فعل حرصا على المصلحة العامة (٢).

---

(١) لوسيان مانش ص ٢٤٩ .

(٢) رين فى ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٩ (سيرى ١٩٠١ —٢— ١٠٨) .

وقضت محكمة ديجون فى ١٤ مايو سنة ١٨٦٨[١] بأن الطبيب الذى يدعى لعلاج مولود حديثا ، فيشاهد عليه آثار الزهرى ، فلا يذكر ذلك للمرضـــع ويكتفى بأن يصف علاجالها وللطفل المزهور ، يكون مسئولا إزاء المرضع عن إصابتها بالزهرى بطريق العدوى من الطفل نتيجة سكوته عن اطلاعها على الحقيقة .

ولذلك يذهب رأى- نؤيده- إلى أن الإفشاء بسر المهنة يكون جائزا ولايعاقب عليه إذا توافرتفيه حالة الضرورة المنصوص عليها بالمادة٦١[٢] مـــن قـــانون العقوبات التى تجرى على أن : " لاعقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على الـــنفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله ولا فى قدرتهمنعه بطريقة أخرى "– وحالة الضرورة هذه تتوافر فى الأمثلة سالفة الذكر . وحتى فى الحالات التى لايكون فيها خطر المرض جسيما أو وشيكا وتعوزنا الشروط اللازمة لتوافر الضرورة ، فقد يسعفنا نص المادة ٦٠ من قانون العقوبات التى تبيح الفعل متى ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقـــرر بمقتضـــى الشريعة ، وشريعة القانون العام شأنها فى ذلك أحكام الشريعة الإسلامية تأبى الضرر والضرار [٣].

---

(١) دالوز (١٨٦٩ – ٢- ١٩٥) .

(٢) فائق الجوهرى ص ٥٢١ – المستشار محمد ماهر ص ١١٦ .

(٣) المستشار محمد ماهر ص ١١٦ .

غـــير أنه يجب ملاحظة أن هناك فارقا بين حالة الضرورة فى القانونين الجنائى والمدنى . إذ تنص المادة ١٦٨ مدنى على أن : " من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره لا يكون ملزما إلا بالتعويض الـــذى يـــراه القاضـــى مناسبا " ، فحالة الضرورة وإن كانت تعفى من العقاب ، إلا أنها لم تمنع من القضاء بالتعويض .

محتويات الكتاب

رقم البند | الموضـــوع | رقم الصفحة

(ثانيا)

(سببان خاصان لانقضاء عقد المقاولة)

(السبب الأول)

(تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة)

رقم البند	الموضـــوع	رقم الصفحة

رقم البند | الموضـــــوع | رقم الصفحة

ظهر للمؤلف عن دار محمود للنشر والتوزيع

١ - موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في إيجار وبيع الأماكن الخالية.

الجزء الأول (الطبعة الخامسة عشرة)

٢ - موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في إيجار وبيع الأماكن الخالية.

الجزء الثانى (الطبعة الخامسة عشرة)

٣ - موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى إيجار وبيع الأماكن الخالية.

الجزء الثالث (الطبعة الخامسة عشرة)

٤ - موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى أجرة الأماكن القديمة وما طرأ عليها من تخفيفات وزيادات.

الجزء الرابع (الطبعة الخامسة)

٥ - موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى عقد الإيجار فى التقنين المدنى الجديد.

الجزء الخامس (الطبعة السادسة)

٦ - شرح قانون المبانى الجديد من الناحيتين الجنائية والمدنية (الطبعة السادسة)

٧- الحراسة القضائية فى ضوء الفقه والقضاء .

(الطبعة الرابعة)

٨- قسمة المـــال الشائـــع وأحكام دعـــوى الفرز والتجنيب فقهـا وقضاء.

(الطبعة التاسعة)

٩- الحجز القضائى على المنقول فى ضوء الفقه والقضاء وطبقا للقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩.

(الطبعة الثانية)

١٠- الدفوع فى قانون المرافعات فقها وقضاء.
(وطبقـا للأحكـام القانـون رقـم ١٨ لسنة ١٩٩٩)

(الطبعة الثالثة)

١١- التجريـف والتبـوير والبناء علـى الأرض الزراعية وقمـائـن الـطـوب.

(الطبعة السابعة)

١٢- التعليق على قانون الرسوم القضائية فى ضوء الفقه والقضاء.

(الطبعة الثانية)

١٣- موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية - الكتاب الأول .

(الطبعة الثالثة عشرة)

١٤- موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية - الكتاب الثانى .

(الطبعة الثالثة عشرة)

١٥- موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية - الكتاب الثالث .

(الطبعة الثالثة عشرة)

١٦- موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية - الكتاب الرابع .

(الطبعة الثالثة عشرة)

١٧- موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية - الكتاب الخامس .

(الطبعة التاسعة)

١٨- شـرح القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ المعدل بالقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠١ .

(الطبعة السابعة)

١٩- موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد- المجلد الأول . (الطبعة الأولى)

٢٠- موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد - المجلد الثانى . (الطبعة الأولى)

٢١- موسوعةالفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد- المجلد الثالث. (الطبعة الأولى)

٢٢- موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد - المجلد الرابع. (الطبعة الأولى)

٢٣- موسوعة الفقه والقضاء فى قانون العمل.

المجلد الأول . (الطبعة الثالثة)

٢٤- موسوعة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد.

المجلد الثاني . (الطبعة الثالثة)

٢٥- موسوعة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد.

المجلد الثالث . (الطبعة الثالثة)

٢٦- موسوعة الفقه والقضاء فى شرح القانون المدنى

(العقود المدنية الصغيرة) .

المجلد الأول : (عقد الهبة - عقد الصلح - عقد الوكالة) .

(الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٤)

٢٧- موسوعة الفقه والقضاء فى شرح القانون المدنى

(العقود المدنية الصغيرة) .

المجلد الثاني : عقد الوديعة - عقد العارية - عقد القرض - عقد الدخل الدائم أو الإيرادات المرتبة الدائمة - عقد المرتب مدى الحياة - عقد المقامرة - عقد الرهان .

(الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٤)

٢٨- موسوعة الفقه والقضاء فى شرح القانون المدنى

(العقود المدنية الصغيرة) .

المجلد الثالث : عقد المقاولة .

(الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٤)

كتب نفدت

١- أحكام الإيجار فى قانون الإصلاح الزراعى.
(الحائز على جائزة التأليف الزراعى)
(الطبعة العاشرة)

٢- مشكلات الملكية والحيازة فى قانونى الزراعة والإصلاح الزراعى.

٣- إيجار الأماكن المفروشة وتبادل الشقق.

٤- ملحق بشرح التعديلات الجديدة فى إيجار الشقق المفروشة.

٥- شرح التعديلات الجديدة فى قانون الإصلاح الزراعى.

٦- انتقال الإيجار إلى ورثة المستأجر بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٤ لسنة ١٧ قضائية (دستورية).

٧- شرح قانون الأسلحة والذخائر.

٨- جرائم التشرد والاشتباه فقها وقضاء (الطبعة الثانية).

٩- الطفل وحنان القانون (كتاب ثقافى للطفل)


Bibliotheca Alexandrina
1129953